

موسوعة الفقه والقضاء

المختار
محمّد عزى البكرى
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

المدخل القانوني

المواد ١ - ٣٩

المجلد الأول



٩ ش سامي البارودي - باب الغلق - القاهرة
ت ٣٩٦٠٤٤٣ - ٣٩٥٣٣٠١

موسوعة الفقه والقضاء

المحتار

محمد عزیزی البکری
رئیس محاکمه الاسلامی



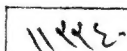
القانون المصري

{ المدخل للقانون }

مصادر القانون • تدرج التشريع • دستورية القوانين • تفسير التشريع • التعسف في استعمال الحق • تنازع القوانين من حيث الزمان • تنازع القوانين من حيث المكان • الشخص الطبيعي • القرابة بالنسب والمصاهرة • الاسم واللقب

المجلد الأول

المواد كـ ٣٩ (نمرات)



١٩ سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة

00-2-2792871A-00-2-2792871A

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية

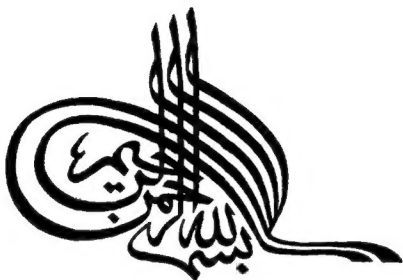
الترقيم الدولي

٢٠٠٦/١٦٧٠٨

977 - 400 - 028 - 5



٢٢ ش رضى مكيون - ٢٩٢٥٢٢٦



فَأَمَّا الرَّبْدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا
مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



تقديم

يتلج صدرى أن أقدم لرجال القانون فى مصر والدول العربية ، هذه الموسوعة ، والتي تصدر فى ١٩ مجلدا ، واستغرق إعدادها سنوات طويلة ، رغبة فى أن تظهر محققة لكل باحث بغيته فى سهولة ويسر وبأقصر طريق .

وقد حرصنا فى الموسوعة بجانب الشرح الفقهى المسهب على إيراد أحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا قديمها وحديثها حتى نضع أمام القارئ صورة متكاملة لاتجاه القضاء .

وأرجو أن يكون هذا العمل مثمرا نفعاً .

وفى النهاية فإن الكمال لله وحده إنه على كل شىء قدير .
والله ولى التوفيق ،،،

المؤلف

المستشار

محمد عزمى البكرى

رئيس محكمة الاستئناف

كلمة الناشر

بسم الله الرحمن الرحيم

" فأما الزيد فيذهب جفاءً وأما ما ينفع الناس فيمكث في الأرض "

صلق الله العظيم .

الى كل المناطيين بكلمة الحق والعدل ..

الى كل الجاهشين عن كل ما هو جديد في القانون ..

تتشرف دار محمود للنشر والتوزيع بأن تقدم موسوعة الشرح والتعليق
على نصوص القانون المدني للمستشار / محمد عزمي البكري
في مشرين مجلداً آخر .

وهي تشتمل على جميع مواد القانون المدني أى من المادة الأولى حتى المادة
١١٤٩ وتناولت هذه المواد بالشرح التفصيلي والتعليق عليها بأحدث أحكام
محكمة النقض المصرية والآراء الفقهية الحديثة والقديمة حتى يتسنى
لرجال القضاء و المعاملين الاطلاع على جهد ويحث وخبرة سنين متواصلة من
العمل المدني بلغ ثمانية اعوام من الصبر والمثابرة لرصد لكل ما يمكن إن
يكتب .. وقد أفرزت الموسوعة ما يقرب من ثمانية عشر ألف صفحة (ألف
ومائة ملزمة) وبذلك تكون هذه الموسوعة قد قدمت إضافة كبيرة وجديدة
للعلم القانوني في مصر والدول العربية .

الناشر

محمود ربيع خاطر

قانون رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدني (قانون الإصدار)

نحن فاروق الأول ملك مصر .

قرر مجلس الشيوخ ومجلس النواب القانون الآتى نصه وقد
صدقنا عليه وأصدرناه :

مادة (١)

يلغى القانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر
فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ والقانون المدنى المعمول به أمام
المحاكم المختلطة والصادر فى ٢٨ يونية سنة ١٨٧٥ ويستعاض
عنهما بالقانون المدنى المرافق لهذا القانون ^(١).

الشرح

١- إلغاء القانونين لا يخل بالتشريعات الخاصة :

إلغاء القانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر
فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ والقانون المدنى المعمول به أمام
المحاكم المختلطة والصادر فى ٢٨ يونية سنة ١٨٧٥ ، لا يخل

(١) اللوائح المصرية فى ١٩٤٨/٢/٢٩ العدد ١٠٨ مكررا (أ) . ويلاحظ أن
المحاكم المختلطة ألغيت اعتبار من ١٤/١٠/١٩٤٩ تنفيذا لمعاهدة
مونترنو المنعقدة عام ١٩٢٢.

بتطبيق التشريعات الخاصة القائمة وقت الإلغاء ، لأن القاعدة أن القانون العام لايلغى القانون الخاص ، ولو كان الأول لاحقا للثاني . ومن ثم ظل ساريا القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين ، باعتباره تشريعا خاصا فى طبيعته ونظامه خرج به المشرع عن الأحكام العامة لعقد الإيجار ووضع لها أحكاما خاصة .

وكان مشروع المادة (١) من قانون الإصدار كما قدم للبرلمان يتضمن فقرة ثانية تنص على أن : " وكذلك يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المدنى المرافق لهذا القانون " .

وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح الدكتور بهجت بدوى حذف هذه الفقرة " لأن المراد أن يحل هذا التقنين الجديد محل التقنين الحالى على أن يبقى مكملا بالقوانين الخاصة " ،

فوافقت اللجنة على هذا الحذف وجاء بتقريرها :

" وافقت اللجنة على حذف الفقرة الثانية من المادة الأولى من مشروع قانون الإصدار على أن يكون معلوما أن المقصود بهذا الحذف هو الإبقاء على التشريعات الخاصة التى صدرت استثناء من القانون المدنى منقطة أوضاعا دائمة أو موقوتة حتى لاينصرف النص فى عمومه إلى إلغاء هذه الأوضاع الأمر الذى لايدخل فى قصد المشرع " .

كما اقترح الشيخ أحمد رمزي (بك) أن تضاف العبارة الآتية إلى المادة الأولى " ويستمر العمل بالقوانين الخاصة المعمول بها الآن والتي وضعت معجلة أو مكملة لبعض أحكام هذين القانونين " وقد وافقت اللجنة على حذف الفقرة الثانية حتى تظل القوانين الخاصة قائمة ومعمولا بها وتعديل الفقرة الأولى على الوجه الآتي الخ ."

وقد جاء بملحق تقرير اللجنة أن :

" روى حذف الفقرة الثانية من المادة الأولى ونصها : " وكذلك يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المدنى المرافق لهذا القانون"، وقد أقرت اللجنة هذا الاقتراح لأن ثمة تشريعات خاصة كالقوانين المقررة لاستثناءات من قواعد القانون المدنى ومن أمثلتها قانون تجزئة الضمان وهو القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٤٢ بمنح تيسير للوفاء بالديون العقارية المقترضة وقانون تنظيم العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين . وقد خيف أن يكون فى عموم عبارة الفقرة التى تقرر حذفها مدخل للشك فى بقاء مثل هذه التشريعات . وعلى ذلك تبقى الفقرة الأولى من هذه المادة مطلقة النص فى إحلال نصوص المشروع محل نصوص القانون المدنى القائم فى

خارج حدود النطاق الذى قصد من وراء حذف الفقرة المتقدم نكرها إلى إبقائه بمعزل عن متناول الإلغاء" (١).

٢- تطبيقات قضائية لعدم إلغاء القوانين الخاصة :

قضت محكمة النقض فى صدد عدم إلغاء القوانين الخاصة رغم صدور التقنين المدنى الجديد بأن :

١- "إذا كان الحكم قد قضى بالفوائد التأخيرية - عن مبلغ التعويض الذى قدره خبير رئيس المحكمة مقابل نزع الملكية - عن المدة السابقة على العمل بالقانون المدنى القائم أى المدة التى غايتها ١٤/١٠/١٩٤٩- باعتبار أن القانون المذكور عمل به على ما جاء بالمادة ٢ من قانون إصداره ابتداء من ١٥/١٠/١٩٤٩- بواقع ٥% كما هو مقرر فى ذلك القانون ، ثم بواقع ٤% من جميع المبلغ المحكوم به من تاريخ الحكم إعمالا للقانون المدنى القائم ، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعن رقم ٤٤٠ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٢/٢٤)

٢- " يعتبر التقنين المدنى الشريعة العامة فتسود أحكامه سائر معاملات الناس على سبيل الدوام والاستقرار ، بحيث تعتبر النصوص المنظمة لعقد الإيجار هى الواجبة التطبيق أصلا ما لم تطرأ ظروف معينة يرى المشرع معها ضرورة تعطيل بعض

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج١ ص ١٦٨ ومبجدها .

أحكامه أو إحلال تشريعات خاصة بديلا عنها ويعتبر القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين تشريعا خاصا فى طبيعته ونطاقه إذ خرج به المشرع عن الأحكام العامة لعقد الإيجار ووضع لها أحكاما خاصة، فرض بمقتضاها للترامات معينة على كل من المؤجر والمستأجر قصد بها الحد من حرية المؤجر فى تحديد الأجرة وفى طلب الإخلاء ، وقصر تطبيقه على الأماكن المشار إليها فيه ، وكان القانون الخاص لايلغيه إلا قانون خاص مثله ولاينسخ بقانون عام ما لم يكن التشريع الجديد الذى أورد الحكم العام قد أشار بعبارة صريحة إلى الحالة التى كان يحكمها القانون الخاص، وجاءت عبارته قاطعة فى سريان حكمه فى جميع الأحوال ومن ثم ، فإن القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ يظل نافذا وقائما حتى بعد صدور القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بشأن القانون المدنى ولايسوغ القول بأن القانون المدنى قد نظم أحكام عقد الإيجار من جديد فيعتبر وفقا للمادة الثانية ملغيا بكل ما سبقه من قوانين متعلقة بعقد الإيجار وبالعلاقة بين المؤجرين والمستأجرين ، لأن الأعمال التحضيرية لهذا القانون صريحة فى الإبقاء على نصوص قانون إيجار الأماكن بدليل حذف اللجنة التشريعية لمجلس الشيوخ الفقرة الثانية من المادة الثانية سالفة البيان والتى كانت تقضى بإلغاء كل نص يخالف أحكام

القانون المدني ، وبررت اللجنة هذا الحذف بأن المقصود هو الإبقاء على التشريعات الخاصة التي صدرت استثناء من القانون المدني منشئة أوضاعا دائمة أو مؤقتة حتى لا ينصرف النص في عمومته إلى إلغاء هذه الأوضاع الأمر الذي لا يدخل في قصد المشرع" مما مفاده أن المادة الثانية سألقة الذكر إنما قصد بها مجرد إحلال القانون المدني الحالي محل نصوص القانون المدني القديم الصادر في سنة ١٨٨٣ دون أن يستطيل إلى إبطال القوانين الخاصة ومن بينها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ إذ لكل من القانونيين مجاله " .

(طعن رقم ٨٣٩ لسنة ٤٣ في جلسة ١٩٧٨/٦/٧)

مادة (٢)

على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ويعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩.

نأمر بأن يبصم هذا القانون بخاتم الدولة وأن ينشر في الجريدة الرسمية وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

الشرح

٢- تعديل النص في مجلس النواب والشيخ :

كان مشروع المادة كما قدم للبرلمان الآتى :

" على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ويعمل به اعتبارا من أول نوفمبر سنة ١٩٤٦ " .

إلا أن اللجنة التشريعية بمجلس النواب رأت أن يعمل بالقانون بعد ستة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية وذلك حتى تكون هناك - بعد بحث مجلسي البرلمان للمشروع وإصداره - فسخه من الوقت لدى المشتغلين بالقانون لدراسته دراسة وافية ولذلك استبدلت عبارة (ويعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية) بعبارة (ويعمل به اعتبارا من أول نوفمبر سنة ١٩٤٦) وقد وافق المجلس على المادة كما عدلتها اللجنة .

وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت اللجنة استبدال عبارة " ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ " بعبارة " ويعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية " (١) ووافق المجلس على المادة كما أقرتها اللجنة .

(١) التاريخ الذى تستكمل فيه البلاد سيادتها القضائية بإلغاء المحاكم المختلطة.

(باب تمهيدى)
أحكام عامة
الفصل الأول
القانون وتطبيقه
١- القانون والحق
مادة (١)

- ١- تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها .
- ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

مصادر القانون

٤- معنى مصدر القانون :

لعبارة مصدر القانون معان مختلفة ، فيقصد بها عند الكلام عن القوانين القديمة المراجع والأوراق التى توجد فيها تلك القوانين الملغية لدرسها ، وهذه تتناقص يوما عن يوم ، حتى إننا لانجد لها الآن أثرا فى القانونين اليونانى والمصرى ، وهذه المراجع لها أهمية كبرى فى التاريخ أما من حيث التشريع الحى فالأوراق

المذكورة سهلة الحصول عليها ، وليس من الصعب معرفة النصوص القانونية .

وقد يقصد بالكلمة المذكورة الطرق المختلفة التي أوجدت القواعد القانونية ، أى المصادر التى خلقت القواعد القانونية وأنشأتها .

وقد يقصد بها السلطة التى تعطى للقانون قوته ، أى الأمة ، وبعبارة أخرى السلطة التشريعية . وإذا أطلق لفظ " مصدر " فيقصد به هذا المعنى الأخير ، أى السلطة التى تعطى القانون صفته القانونية ^(١) .

٥- أربعة مصادر للقانون :

يبين من المادة أن المشرع حدد مصادر القانون الرسمية بأربعة مصادر هى :

١- التشريع .

٢- العرف .

٣- مبادئ القانون الطبيعى .

٤- قواعد العدالة .

ولا يطبق القاضى هذه المصادر فى مرتبة واحدة ، وإنما لا يطبق العرف إلا إذا خلا التشريع من نص فى الحالة المعروضة

(١) الدكتور محمد كامل مرسى وسيد مصطفى أصول القوانين ١٣٤٢هـ -

عليه ولا يطبق مبادئ القانون الطبيعي إلا إذا خلا التشريع أو العرف من حكم للحالة المعروضة عليه ، ولا يطبق قواعد العدالة ، إلا إذا لم يجد حكما في نص تشريعي أو في العرف أو في مبادئ للقانون الطبيعي . فالنص قد تدرج في مصادر القانون فجعل أعلاها هو النص للتشريعي وأدناها قواعد العدالة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" جمع المشروع في هذه المادة ما يعرف في اصطلاح الفقه بمصادر القانون واسترشد في ذلك بالتقنيات الحديثة وبالنقنين السويسري بوجه خاص وليس يقصد من جمع المصادر على هذا النحو إلى مجرد تعدادها بل يراد بوجه خاص بيان تدرجها من حيث الأولوية في التطبيق " ^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ١٨٦ .

(المصدر الأول من مصادر القانون) (التشريع)

٦- المقصود بالتشريع :

المقصود بالتشريع (النصوص التشريعية) هو كل أمر عام مجرد مكتوب ينظم سلوك الأفراد في المجتمع ، وتكفل للدولة التزامهم به إما عن طريق فرض جزاء أو بوسائل التنفيذ الجبرى للأحكام القضائية .

ويستوى أن يكون التشريع صادرا من السلطة التشريعية (مجلس الشعب فى مصر) أو من السلطة التنفيذية كاللوائح التنفيذية أو اللوائح التنظيمية أو لوائح الضبط .

وإذا كان التشريع يتناول الآن دائرة واسعة من الروابط الاجتماعية ، إلا أنه مما تجدر الإشارة إليه ، أن المشرع لا يخلق القانون كما قد يتوهم ، وإنما هو يستمد مادة تشريعية من الحاجات العملية والضرورات الاقتصادية ، ومن عادات الناس ومعتقداتهم ، ومن المثل العليا التى يتوخاها طبقا لمدنية عصره . وكل ما بفعل المشرع هو أن يضع القاعدة القانونية التى استمد مادتها من هذه المصادر المختلفة فى ألفاظ من عنده ، ويعطى للقانون قوة ملزمة^(١).

(١) الدكتور عبد الرزاق المنهورى والدكتور أحمد حشمت أبو شقيت أصول
لقانون طبعة ١٩٥٠ ص ١٦٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أنه طبقا للمبادئ الدستورية المعمول بها أنه من حق السلطة التنفيذية إصدار اللوائح التشريعية اللازمة لتنفيذ القوانين ، وكان يقصد بالقانون معناه الأعم فيدخل فى هذا المجال أى تشريع سواء كان صادرا من السلطة التشريعية أو من السلطة التنفيذية عملا بالتفويض المقرر لها طبقا للمبادئ الدستورية المتواضع عليها ، وهو ما يطلق عليه للائحة أو القرار ، فإنه لا تسمى أحكام هذه القرارات الوزارية وتلك اللوائح إلا على ما يقع من تاريخ صدورها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها إلا إذا كانت صادرة تنفيذا لقوانين ذات أثر رجعى " .
(طعن رقم ٥٥١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٧)

خصائص التشريع :

٧ - الخاصة الأولى :

التجريد والعمومية :

يقصد بالتجريد أن خطاب التشريع لا يتوجه إلى شخص بعينه أو واقعة بذاتها وإنما العبرة فيه تكون بعموم الصفة ويتحقق الشروط بحيث ينطبق على كل واقعة تحقق بشأنها الشروط المطلوبة وعلى كل شخص اجتمعت له الصفات المستلزمة .

فالتجريد هو الذى يضافى على القاعدة وصف العمومية بالنظر إلى أنه لا يستغرقها التطبيق المنفرد ، بل هى معدة لتواجه حالات غير متناهية .

والتحقق من توافر التجديد يكون أيسر في حالة تحليل النص التشريعي إلى عنصرين فرض وحكم .

فالفرض هو المركز أو الوضع الذي إذا تحقق وجب إعمال الحكم . والحكم هو الأثر الذي يوجبه القانون إذا تحقق الفرض .

فالنص الذي يقضى بأن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . وسن الرشد إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (م ٤٤ مدنى) ، يعتبر قاعدة عامة مجردة لأنه لم يحدد شخصاً معيناً بذاته بل المخاطب به كل من يبلغ سن الرشد متمتعاً بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه .

وتجريد القاعدة القانونية لا ينتفى في حالة تحديد نطاق تطبيقها من حيث الزمان كما هو الشأن في القواعد التى يتحدد نطاق تطبيقها بفترة إعلان الأحكام العرفية (مثال ذلك حظر التجول من ساعة معينة إلى ساعة معينة) . فهذا للقاعدة القانونية تنطبق على أى شخص أو أى واقعة يتحقق فيها الشروط المستلزمة لتطبيق الحكم خلال هذه الفترة الزمنية . كذلك لا يتعارض التجريد مع تحديد نطاق تطبيق النص التشريعي من حيث المكان كما هو الشأن فى الدول الفيدرالية حيث يتحدد نطاق تطبيق القاعدة فى ولاية دون أخرى . إذ العبرة بعموم الصفة وليس بخصوص الذات فى النطاق المكاني لتطبيق النص التشريعي .

الأمر نفسه حيث يتحدد نطاق القاعدة بطائفة من الأشخاص كما هو الشأن في القواعد المنظمة لمهنة المحاماة فلئن اقتصر تطبيقها على أفراد هذه الطائفة فإنها تنطبق على كل من يعمل فيها باعتبارها محاميا بغض النظر عن شخصه ، طالما أن الانضمام لهذه الطوائف غير ممنوع بل مسموح به بتوافر شروطه . كذلك لايتعارض مع التجريد انطباق القاعدة على مركز يشغله بحكم طبيعته شخص واحد طالما أن مناط انطباقها هو صفته وليس ذاته. كما هو الشأن في القواعد المنظمة لمركز مدير الجامعة أو عميد الكلية .

ويختلف الأمر عن التشريع في أن الأول يقتصر تطبيقه على الشخص المعين أو الواقعة التي صدر بشأنها ، ويستغذ قوته بهذا التطبيق ، أما الثاني فلا يستغذ قوته بتطبيقه مرة أو مرات بل يتجدد العمل به كلما توافرت شروط انطباقه .

وتطبيقا لذلك يعتبر ما نص عليه قانون الخدمة العسكرية تشريعا، لأنه يسرى على فئة من الناس معينة بمجموعة أوصاف وشروط . وكذلك قانون الجامعات لأنه يسرى على فئة معينة من الطلبة . أما الترخيص بصرف مبلغ لشخص معين أو القرار الصادر بإزالة بناء آيل للسقوط أو القرار الصادر بمنح شخص معين جنسية جمهورية مصر العربية أو بتعيين شخص في أية

وظيفة فإنه يستغذ الغرض منه بالنسبة للشخص أو الواقعة التي صدر بشأنها (١).

وإذا انتفت خاصية التجريد والعمومية عن التشريع كان بمثابة أمر فردي لا يرقى إلى مصاف التشريع فيتوقف أثره عند تحقق حكمه على الواقعة التي صدر بشأنها إلى غيرها .

والأمر الفردي يجب أن يتعد بقدر الوقائع التي يراد تطبيق حكمه عليها ما لم يشملها كلها بفرض الحراسة على شخص معين يتم بقرار فردي لا يصلح لفرض حراسة على شخص آخر ، ولكن يجوز أن يتضمن القرار الواحد عدة أشخاص ويظل مع ذلك فرديا .
والأمر الفردي لا ينفذ في حق الأفراد إلا من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية أو من وقت علمهم اليقيني بصدوره حتى لو تضمن نصا بسريانه من تاريخ صدوره لأنه ينطوى حينئذ على أثر رجعي وهو ما لا يجوز إلا بقانون .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأصل أن القرار الإداري يعتبر موجودا قانونا بمجرد إصداره ، وتلتزم جهة الإدارة المختصة بتنفيذه ، ولو لم ينشر ، غير أنه لا يحتج به على الأفراد ولا ينتج أثره في حقهم إلا من تاريخ

(١) الدكتور محمد على عرفه مبادئ العلوم للقانونية الطبعة الثانية ص ٣٣ وما بعدها - للدكتور رمضان أبو المعود والدكتور همام محمد محمود المبادئ الأساسية في القانون ١٩٩٥/١٩٩٦ ص ١٨ وما بعدها .

نشره في الجريدة الرسمية أو بعد إعلانهم به أو علمهم بمضمونه علما بقتنيا ، وذلك حتى لايلزموا بأمر لم يكن لهم سبيل إلى العلم بها ، وحتى لايطبق للقرار بأثر رجعى على الماضى وهو ما يتنافى مع مبادئ العدالة والمشروعية ووجوب حماية الحقوق المكتسبة ، وما يقتضيه الصالح العام من استقرار معاملات الأفراد والمحافظة على عوامل الثقة والاطمئنان على حقوقهم " .

٢- " لما كان الأمر رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦١ بفرض الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص - قرارا إداريا فرديا وقد صدر بتاريخ ٢٥/١٠/١٩٦١ ونص فى مادته الثالثة على أن ينشر فى الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ صدوره ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه - على ما ثبت من كتاب الهيئة العامة للمطابع الأميرية - أن عدد الجريدة الرسمية الذى نشر به الأمر سالف الذكر قد طبع فى ٨/١/١٩٦٢ ولم يوزع إلا فى ٢٢/١/١٩٦٢ فإن هذا الأمر لايعتبر نافذا فى مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية ، وهى وسيلة العلم التى نص عليها الأمر المذكور دون الاعتداد بما ورد فيه من العمل به من تاريخ صدوره هذا إلى أن الأمر المشار إليه نص على أن يسرى فى شأن الخاضعين لأحكام الأمر العسكرى رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦١ وقد أحال الأمر الأخير بدوره إلى الأمر رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ ، وقد حظرت المادة الخامسة من هذا الأمر إبرام عقود أو تصرفات أو عمليات تجارية

أو مالية من أى نوع مع أحد الأشخاص الخاضعين لأحكامه ونصت المادة ٢٠ من الأمر المذكور على أن تسرى أحكامه على كل شخص ليس من الأشخاص الخاضعين لأحكامه وإنما يباشر معاملات مع أحدهم وفي خصوص هذه المعاملات ، كما نصت المادة الثانية منه على أن يعتبر باطلا بحكم القانون كل عقد أو تصرف أو عمل تم أو جاء مخالفا لأحكام هذا الأمر ما لم يرخص فيه وزير المالية والاقتصاد أو المدير العام لإدارة الأموال التى آلت إلى الدولة ، ونصت المادة ٢٣ على عقاب كل من خالف أحكام هذا الأمر أو شرع فى مخالفتها بالحبس وبغرامة لا تتجاوز ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، وإذا كان مقتضى القول بمرين القرار رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦١ من تاريخ صدوره وليس من تاريخ نشره ، أن تسرى الأحكام السالف بيانها بأثر رجعى على الأشخاص الذين فرضت عليهم الحراسة والمتعاملين معهم وفي خصوص هذه المعاملات فتبطل بأثر رجعى تصرفاتهم التى أبرمت قبل نشر القرار المذكور، مع أنه لايجوز تقرير الأثر الرجعى فى هذا الشأن إلا بقانون ، كما يعاقبون من أجل هذه التصرفات مع أن الدستور لايجيز الخروج على قاعدة عدم رجعية القانون فى مسائل العقوبات . لما كان ذلك وكان الإقرار المؤرخ ١٩٦١/١١/٢٠ - المتضمن مديونية المطبوعون عليه الثانى - الذى فرضت عليه الحراسة بمقتضى الأمر ١٤٠ لسنة ١٩٦١ للمطعون عليه الأول قد صدر

قبل نشر الأمر المذكور ، فإنه يكون بمنأى عن البطلان وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بصحة الإقرار سالف الذكر فإنه لا يكون قد خالف القانون .

(طعن رقم ٤٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨)

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" ومن حيث إن السلطة العامة - إذ وضعت قاعدة تنظيمية - فإنه يكون من حقها أن تلغيها أو تعدلها حسبما يقتضيه الصالح العام، كما أنها تملك تفسيرها لإجلاء ما بها من غموض أو إزالة ما فيها من تناقض . ولكن لا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل قاعدة صادرة من سلطة أعلى أو أن تضيف إليها أحكاما جديدة ، كما أنها لا تملك تفسيرها إلا بتعويض خاص بالتفسير من السلطة التي أصدرتها ، فإن هي فعلت شيئا من ذلك كان عملها باطلا لخروجه من مدار اختصاصها. وإعمالا لهذه الأصول تكون وزارة المالية - إذ قررت في كتابها رقم ٩٤/١/١٨ المؤرخ ١٨ من يناير سنة ١٩٤٥ الموافقة على صرف الإعانة الاجتماعية ، للمستخدمين الذين يشغلون درجات خصوصية خارجة عن الهيئة توازى للدرجة التاسعة في مربوطها أو تزيد عليه - قد وقع قرارها باطلا ، سواء اعتبر أنه معدل لقرارات مجلس الوزراء الصادرة في شأن الإعانة الاجتماعية ، أو مفسر لقواعدها ، ذلك

لأن وزارة المالية سلطة أدنى فى التشريع من مجلس الوزراء ، ولايجوز لهذه السلطة الأدنى أن تعدل قاعدة وضعتها تلك السلطة الأعلى ، ولا أن تفسرها ، لعدم تفويضها بذلك بنص صريح منها . هذا فضلا عن أنه لايجوز تطبيق القاعدة التنظيمية بطريق القياس فى الحالات التى يترتب عليها تحميل الخزنة العامة بأعباء مالية ، ومن ثم فلا يجوز قياس الدرجات الخارجة عن الهيئة على الدرجات التاسعة الداخلة فى الهيئة لإنزال حكم الثانية على الأولى إلا بنص صريح من السلطة المختصة قانونا حسبما سلف البيان .

(طعن رقم ٦٧٨ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٥٩/٤/٤)

٨ - التشريع الذى يتعلق بواقعة معينة :

إذا كان التجريد من سمات الغالبية العظمى من التشريعات، إلا أنه قد يصدر من السلطة التشريعية تشريعا يتعلق بواقعة معينة بالذات كما هو الشأن فى ضرورة اعتماد الموازنة العامة من قبل مجلس الشعب (م ١١٥ من الدستور) أو يصدر تشريعا يتعلق بشخص معين بالذات كما هو الحال فيما كانت تقرره المادة ١٣٧ من دستور ١٩٢٣ من ضرورة منح الامتياز باستغلال مورد من موارد البلاد أو منح الالتزام باستغلال المرافق العامة بقانون. وكذا شأن ما صدر عن مجلس الشعب المصرى مقررًا معاشا استثنائيا لأسرة أحد رؤساء الجمهورية السابقين على سبيل التعيين . هذه الأنظمة يكيّفها الفقه والقضاء على أنها قوانين من الناحية الشكلية

لصدورها عن السلطة المختصة بالتشريع ، ولكنها لا تعتبر قوانين من الناحية الموضوعية لأنها لا تتضمن قواعد مجردة^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" قانون ربط الميزانية لا يعتبر قانونا إلا من الناحية الشكلية فحسب أما من الناحية الموضوعية فهو عمل تنفيذى إدارى " .

(الطلب رقم ٨٤ سنة ٢٤ قضائية " رجال القضاء " جلسة ١٩٦٠/٤/٣٠)

٩- الخاصة الثانية :

الجزاء :

يشترط فى التشريع أن يكون ملزما أى يكون له جزاء يجعله واجب الاتباع ويجبر الناس على احترامه ويكفل سير علاقاتهم فى الناحية التى تتعلق به على وتيرة واحدة . فتحقق بذلك فكرة النظام التى ينطوى عليها كل قانون .

والجزاء هو الأثر الذى يترتب وفقا للتشريع على مخالفته ، وهو يختلف باختلاف التشريعات والعصور .

والجزاء قد يكون جنائيا ، فيفرض التشريع عقوبة توقع على مخالفته .

وقد يكون مدنيا كإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو التعويض .

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ٢٠ هامش (١) .

وقد يكون إداريا كإزالة التعدي الواقع على أملاك الدولة العامة أو الخاصة أو تأديبا يوقع على من يخالف القواعد التي تفرضها الوظيفة أو المهنة .

كما أن للقانون الدستوري جزاءاته الخاصة والتي تتخذ طابعا سياسيا .

كما أن للقانون الدولي جزاءاته التي تتلاءم مع طبيعة العلاقات التي يحكمها ، ومنها قطع العلاقات السياسية أو الاقتصادية أو الحصار العسكى أو الاقتصادي أو قطع المواصلات أو التدخل الحربى ^(١) .

وخاصة الجزاء هذه قائمة فى كل ما يمكن أن يسمى بالنص التشريعى لا فرق فى ذلك بين كون القاعدة أمرة أو مقررّة ، كما سنرى .

وربما يثور فى الذهن أن هناك قواعد أخرى ملزمة كقواعد الدين أو قواعد الأخلاق وإنّ فحاصة الإلزام هذه ليست فيصلا حاسما فى تمييز التشريع عن غيره من القواعد الاجتماعية .

(١) الدكتور رمضان أبو السعود الوسيط فى شرح مقننة القانون المدنى -

ومع ذلك لم يتردد أحد في تأكيد أن هذه الصفة تعتبر صفة جوهرية في التشريع^(١).

أنواع التشريع وتدرجه

١٠- تعداد :

أنواع التشريع ثلاثة ، وهذه الأنواع الثلاثة تتدرج تدرجا تنازليا من حيث قوتها القانونية ومن حيث السلطة التي تصدرها ومن حيث موضوعها كالآتي :

- ١- التشريع الأساسى وهو الدستور .
- ٢- التشريع العادى أو الرئيسى .
- ٣- التشريع الفرعى أى اللوائح والقرارات التي تصدرها الهيئات التنفيذية المختلفة .

ونعرض لكيفية سن هذه التشريعات على النحو التالى .

١١- أولاً : الدستور :

نفرق بين إعداد دستور جديد وبين تعديل مادة أو مواد من دستور قائم .

(١) الدكتور أحمد سلامة المدخل لدراسة القانون - الكتب الأول نظرية

لقاعدة القانونية ١٩٧٤ ص ٤٩ .

بحثه . وذلك بإعداده بواسطة جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب ثم يعرض على الاستفتاء الشعبي لإقراره . وأحيانا يلجأ الحاكم إلى إصدار الدساتير كوسيلة لتخدير الشعب وامتصاص غضبه ، مع تحقيق مظهر الديمقراطية دون جوهرها ، وذلك بتشكيل جمعية تأسيسية ثم فرض القرارات عليها بالإرهاب ، أو يعرض الدستور على الاستفتاء مع تزوير نتيجته .

وليس ثمة قاعدة تحكم نفاذ الدساتير ، فقد يكون ذلك بالإصدار والنشر مثل التشريع العادى . وقد يكون ذلك بطريقة أخرى . كما هو الحال بالنسبة للدستور المصرى الحالى الصادر سنة ١٩٧١ الذى تقضى المادة ١٩٢ منه بأن : " يعمل بهذا الدستور من تاريخ إعلان موافقة الشعب عليه فى الاستفتاء" (١) .

هذا عن سن ونفاذ الدستور الجديد ، أما بالنسبة لتعديل مادة أو عدة مواد من دستور قائم ، فإن ذلك أمر يقرره عادة الدستور نفسه . ومن ذلك ما يقرره الدستور المصرى . فنص المادة ١٨٩ منه على أن لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور ،

(١) الدكتور نعمان محمد خليل جمعه دروس فى المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٧ ص ١٦٠ وما بعدها .

ويجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية إلى هذا التعديل .

فإذا كان الطلب صادرا من مجلس الشعب وجب أن يكون موقعا من ثلث أعضاء المجلس على الأقل .

وفى جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعديل ويصدر قراره فى شأنه بأغلبية أعضائه ، فإذا رفض الطلب لايجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضى سنة على هذا الرفض .

وإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل، يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة ، المواد المطلوب تعديلها ، فإذا وافق على التعديل ثلثا أعضاء المجلس عرض على الشعب لاستفتاءه فى شأنه . فإذا ووفق على التعديل اعتبر نافذا من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء .

١٢- للدستور الصدارة على كافة التشريعات :

الدستور له الصدارة على كافة التشريعات ، باعتباره القانون الأسى ، ومن ثم إذا وجد نص فى قانون أوفى لائحة يخالف نصا فى الدستور ، وجب على المحاكم أعمال النص الوارد بالدستور .

وقد أوضحت ذلك تفصيلا محكمة النقض (الدائرة الجنائية)

فى حكم حديث لها صادر بتاريخ ٢٨/٤/٢٠٠٤ فى الطعن رقم ٣٠٣٤٢ لسنة ٧٠ قضائية جاء فيه :

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد
المستشار المقرر والمرافعة والمدولة .

من حيث إن الطعن استوفى الشكل المقرر فى القانون .

ومن حيث إن مما ينعاه الطاعنون على الحكم المطعون فيه
إنه إذ دان الأول بجريمة الكسب غير المشروع وألزم الباقين بالرد
بقدر ما استفاد كل منهم، قد شاب الخفا فى تطبيق القانون ، ذلك
لأن نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ٦٢ لسنة
١٩٧٥ فى شأن الكسب غير المشروع التى دين بها الطاعن الأول
يخالف الدستور إذ أهدر أصل البراءة المنصوص عليها فى المادة
٦٧ من الدستور بما يعيبه ويستوجب نقضه .

ومن حيث إن البين من الأوراق أن الدعوى الجنائية أقيمت
على الطاعن الأول بوصف أنه خلال الفترة من سنة ١٩٧٣ وحتى
سنة ١٩٨٧ بدائرة محافظة الجيزة : بصفته من العاملين فى الجهاز
الإدارى فى الدولة ونائبا لوزير الشباب والرياضة ثم رئيسا للمجلس
الأعلى للشباب والرياضة ثم وزيراً للشباب والرياضة ثم محافظاً
للجيزة حصل لنفسه ولزوجته رجاء عبد المطلب وولديه القاصرين
خالد ووليد على كسب غير مشروع بسبب استغلاله للوظائف التى
تولاها سائلة الذكر مما أدى إلى زيادة طارئة فى ثروته بما
لا يتناسب مع موارده المالية وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها،
ومحكمة جنايات الجيزة قضت فى ٢٣ من أغسطس سنة ٢٠٠٠

بمعاقبته بالحبس مع الشغل لمدة سنة واحدة وبتغريمه ما يوازي ما طرأ على ثروته من زيادة وبرد مثل ذلك المبلغ من أموال كل منهم بقدر ما استفاد من هذا الكسب وذلك عملاً بالفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ في شأن الكسب غير المشروع مع إيقاف تنفيذ عقوبة الحبس فقط .

ومن حيث إن التشريع يتدرج درجات ثلاث هي الدستور ثم التشريع العادي ثم التشريع الفرعي أو اللائحة ، وهذا التدرج في القوة ينبغي أن يسلم منطقاً إلى خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى ، ولا خلاف على حق المحاكم في الرقابة الشكلية للتأكد من توافر الشكل الصحيح للتشريع الأدنى كما يحدده التشريع الأعلى أي للتأكد من تمام سنه بواسطة السلطة المختصة وتمام إصداره ونشره وفوات الميعاد الذي يبدأ منه نفاذه ، فإن لم يتوافر هذا الشكل تعين على المحاكم الامتناع عن تطبيقه . أما من حيث رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع ، فقد جاء اللبس حول سلطة المحاكم في الامتناع عن تطبيق تشريع أدنى مخالف لتشريع أعلى إزاء ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٧٥ من الدستور للقائم بقولها تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون . ولا جدال أنه على ضوء النص الدستوري سالف البيان فإن اختصاص المحكمة

الدستورية العليا المنفرد بالحكم بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أو إلى دستوريته لا يشاركها فيه سواها ، وحجية الحكم فى هذه الحالة مطلقة تسرى فى مواجهة الكافة ، على أنه فى ذات الوقت للقضاء العادى التأكد من شرعية أو قانونية التشريع الأدنى بالتثبت من عدم مخالفته للتشريع الأعلى ، فإن ثبت له هذه المخالفة اقتصر دوره على مجرد الامتناع عن تطبيق التشريع الأدنى المخالف للتشريع الأعلى دون أن يملك إلغائه أو القضاء بعدم دستوريته وحجية الحكم فى هذه الحالة نسبية قاصرة على أطراف النزاع دون غيرهم ، ويستند هذا الاتجاه إلى أن القضاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون على حد سواء ، غير أنه حين يستحيل تطبيقهما معاً لتعارض أحكامهما ، فلا مناص من تطبيق أحكام الدستور دون أحكام القانون إعمالاً لقاعدة تدرج التشريع وما يحتمه منطقها من سيادة التشريع الأعلى على التشريع الأدنى كما يؤيد هذا النظر ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا بأنه لا شأن للرقابة الدستورية بالتناقض بين قاعدتين قانونيتين من مرتبة واحدة أو مرتبتين مختلفتين ، كما لا يمتد اختصاص المحكمة لحالات التعارض بين اللوائح والقوانين ولابين التشريع ذات المرتبة الواحدة ، وإن هذا القول مجرد امتداد لما انعقد عليه الإجماع من حق المحاكم فى رقابة قانونية اللوائح أو شرعيتها وما جرى عليه قضاء محكمة النقض من الامتناع عن تطبيق اللائحة

المخالفة للقانون بينما يختص القضاء الإدارى بإلغاء هذه اللائحة ، ومن غير المقبول أن يقرر هذا الحق للقضاء العادى بينما يمنع من رقابة مدى اتفاق القوانين مع قواعد الدستور وعدم مخالفتها له ، فهذان النوعان من الرقابة القضائية ليساً إلا نتيجتين متلازميتين لقاعدة تدرج التشريع، وليس من المنطق- بل يكون من المتناقض- التسليم بإحدى النتيجتين دون الأخرى ، فما ينسحب على التشريع الفرعى من تقرير رقابة قانونيته أو شرعيته ، ينبغى أن ينسحب كذلك على التشريع العادى بتحويل المحاكم حق الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور ، فضلاً عن أن تحويل المحاكم هذا الحق يؤكد مبدأ الفصل بين السلطات ، لأنه يمنع السلطة التشريعية من أن تفرض على السلطة القضائية قانوناً تسنه على خلاف الدستور وتجبرها بذلك على تطبيقه ، مما يخل باستقلالها ويحد من اختصاصها فى تطبيق القواعد القانونية والتي على رأسها قواعد الدستور ، ويؤكد هذا النظر أيضاً أن الدستور فى المادة ١٧٥ منه أناط بالمحكمة الدستورية العليا حق تفسير النصوص التشريعية وأوضحت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا حق جهات القضاء الأخرى فى هذا الاختصاص بقولها " كما أن هذا الاختصاص لا يصدر حق جهات القضاء الأخرى جميعاً فى تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها مادام لم يصدر بشأن

النص المطروح أمامها تفسير ملزم سواء من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا " فرغم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير الملزم للكافة فإن المشرع لم يسلب هذا الحق من المحاكم مادام لم يصدر قرار بالتفسير من المحكمة الدستورية العليا أو من السلطة التشريعية وهو ذات الشأن بالنسبة لامتناع المحاكم عن تطبيق القانون المخالف للدستور مادام لم يصدر من المحكمة الدستورية العليا حكم بدستورية النص القانوني أو عدم دستوريته. لما كان ذلك، وكان قضاء هذه المحكمة - محكمة النقض - قد جرى على أنه لما كان الدستور هو القانون الوضعي الأسمي صاحب الصدارة على ما دونه من تشريعات يجب أن تنزل على أحكامه فإذا تعارضت هذه مع تلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها يستوى في ذلك أن يكون التعارض سابقاً أم لاحقاً على العمل بالدستور . لما هو مقرر من أنه لا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل أو تخالف تشريعاً صادراً من سلطة أعلى فإذا فعلت السلطة الأدنى ذلك تعين على المحكمة أن تلتزم تطبيق التشريع صاحب السمو والصدارة ألا وهو الدستور وإهدار ما عداه من أحكام متعارضة معه أو مخالفة له إذ تعتبر منسوخة بقوة الدستور ذاته ، هذا وقد أيدت المحكمة الدستورية العليا هذا الاتجاه بطريق غير مباشر وذلك عندما قضت محكمة النقض بتاريخ ٢٤ من مارس سنة ١٩٧٥ باعتبار المادة ٤٧ من

قانون الإجراءات الجنائية تخالف نص المادة ٤٤ من الدستور واعتبرتها منسوخة بقوة الدستور ثم جاءت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٢ من يونيو سنة ١٩٨٤ وقضت بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية في القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية دستورية ولم تذهب المحكمة الدستورية العليا إلى القول بأن قضاء محكمة النقض السابق جاوز اختصاصه أو فيه اعتداء على سلطة المحكمة العليا التي كانت قائمة قبل المحكمة الدستورية العليا وبذات الاختصاص ، كما صدر بتاريخ ١٥ من سبتمبر سنة ١٩٩٣ حكم آخر لمحكمة النقض باعتبار المادة ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية منسوخة بقوة الدستور لمخالفتها المادة ٤١ منه ولم يصدر حكم للمحكمة الدستورية العليا بعد في هذا الشأن ، وخلاصة ما سلف إيراده أنه في الأحوال التي يرى فيها القضاء العادي أن القانون قد نسخ الدستور بنص صريح ، لا يعتبر حكمه فاصلا في مسألة دستورية ، ولا يحوز هذا الحكم بذلك سوى حجية نسبية في مواجهة الخصوم دون الكافة ، لما كان ما تقدم ، وكان قضاء محكمة النقض قد جرى أيضا على أن الشرعية الإجرائية سواء ما اتصل منها بحيدة المحقق أو بكفالة الحرية الشخصية والكرامة البشرية للمتهم ومراعاة حقوق الدفاع ، أو ما اتصل بوجوب التزم الحكم بالإدانة مبدأ مشروعية الدليل وعدم مناهضته لأصل دستوري صريح ، جميعها ثوبت قانونية أعلاها الدستور والقانون

وحرص على حمايتها القضاء ليس فقط لمصلحة خاصة بالمتهم وإنما بحساباتها في المقام الأول تستهدف مصلحة عامة تتمثل في حماية قرينة البراءة وتوفير اطمئنان الناس إلى عدالة القضاء، فالغلبة الشرعية الإجرائية ولو أدى أعمالها لإفلات مجرم من العقاب وذلك لاعتبارات أسمى تغياها الدستور والقانون . لما كان ذلك، وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى أيضا على أن افتراض براءة المتهم وصون الحرية الشخصية من كل عدوان عليها إعلان كفلهما الدستور بالمادتين ٤١، ٦٧ فلا سبيل لدحض أصل البراءة بغير الأدلة التي تقيمها النيابة العامة وتبلغ قوتها الإقناعية مبلغ الجزم واليقين مثبتة بها الجريمة التي نسبتها إلى المتهم في كل ركن من أركانها وبالنسبة لكل واقعة ضرورية لتقييمها وبغير ذلك لا ينعهم أصل البراءة إذ هو من الركائز التي يستند إليها مفهوم المحاكمة المنصفة ، وهذا القضاء تمثيلاً مع ما نصت عليه المادة ٦٧ من الدستور من أن " المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه" ومفاد هذا النص الدستوري أن الأصل في المتهم البراءة وأن إثبات التهمة قبله يقع على عاتق النيابة العامة فعليها وحدها عبء تقديم الدليل ، ولا يلزم المتهم بتقديم أى دليل على براءته ، كما لا يملك المشرع أن يفرض قرائن قانونية لإثبات التهمة أو لنقل عبء الإثبات على عاتق المتهم . ولقد تواترت أحكام المحكمة الدستورية

العلياء على القضاء بعدم دستورية القوانين التى تخالف هذا المبدأ وعلى سبيل المثال ما قرره المادة ١٩٥ من قانون العقوبات ، وما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس والغش ، وما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الأحزاب السياسية ، وما نصت عليه المادة ١٢١ من قانون الجمارك الصادر بالقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ وكذلك ما نصت عليه المواد ٣٧ ، ٣٨ ، ١١٧ من قانون الجمارك سالف الإشارة ، وكذلك ما نصت عليه المواد ٢ ، ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٤ ، ١٤ مكرر من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها . كما قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ٢٢٠٦٤ لسنة ٦٣ ق بتاريخ ٢٢ من يوليو سنة ١٩٩٨ باعتبار الفقرة التاسعة من المادة ٤٧ من قانون الضريبة العامة على المبيعات رقم ١١ لسنة ١٩٩١ منسوخاً ضمناً بقوة الدستور وجميع هذه النصوص ذات قاسم مشترك فى أنها خالفت قاعدة أصل البراءة المنصوص عليها فى الدستور ونقلت عبء الإثبات على عاتق المتهم . لما كان ذلك ، وكان القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ فى شأن الكسب غير المشروع إذ نص فى الفقرة الثانية من المادة الثانية منه على أن " وتعتبر ناتجة بسبب استغلال الخدمة أو الصفة أو السلوك المخالف كل زيادة فى الثروة تطرأ بعد تولى الخدمة أو قيام الصفة على الخاضع لهذا القانون أو على زوجه أو

أولاده القصر متى كانت لاقتاسب مع مواردهم وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها " . يكون قد أقام قرينة مبناها افتراض حصول الكسب غير المشروع بسبب استغلال الخدمة إذا طرأت زيادة فى ثروة الخاضع لاقتاسب مع موارده متى عجز عن إثبات مصدر مشروع لها ، ونقل إلى المتهم عبء إثبات براءته، وكلاهما ممتنع لمخالفته المبادئ الأساسية المقررة بالمادة ٦٧ من الدستور على نحو ما جرى تبيانه وفقاً لقضاء كل من محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا فى النصوص التشريعية المشابهة والتى انتهت محكمة النقض إلى عدم إعمالها وإهمالها لمخالفتها للدستور ، بينما انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى القضاء بعدم دستورية تلك النصوص لمخالفتها أيضاً للدستور . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه إذ دان الطاعن الأول لعجزه عن إثبات مصدر مشروع لما طرأ على ثروته من زيادة لاقتاسب مع موارده يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون لأنه قام على افتراض ارتكاب المتهم للفعـل المؤثم وهو الكسب غير المشروع لمجرد عجزه عن إثبات مصدر الزيادة فى ثروته ، وكان الحكم المطعون فيه إذ دان المتهم بناء على هذا الافتراض الظنى وقلب عبء الإثبات مستنداً إلى دليل غير مشروع وقرينة فاسدة تناقض الثوابت الدستورية التى تقضى بافتراض أصل البراءة ووجوب بناء الحكم بالإدانة على الجزم واليقين لا على الافتراض والتخمين ، ولما كان العيب الذى شاب

الحكم - عند الطعن فيه لثاني مرة- مقصوراً على الخطأ في تطبيق القانون على الواقعة كما صار إثباتها في الحكم فإنه يتعين حسب القاعدة الأصولية المنصوص عليها في المادة ٣٩ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ ، أن تحكم محكمة النقض وتصحح الخطأ وتحكم بمقتضى القانون دون حاجة إلى تحديد جلسة لنظر الموضوع ، ومن ثم يتعين نقض الحكم المطعون فيه وبراءة الطاعن الأول مما أسند إليه . لما كان ذلك ، وكانت الفقرة الأولى من المادة ١٨ من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ فى شأن الكسب غير المشروع تنص على أن " كل من حصل لنفسه أو لغيره على كسب غير مشروع يعاقب بالسجن وبغرامة مساوية لقيمة الكسب غير المشروع فضلاً عن الحكم برد هذا الكسب " . وتنص الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أن " وعلى المحكمة أن تأمر فى مواجهة الزوجة والأولاد القصر الذين استفادوا من الكسب غير المشروع بتنفيذ الحكم بالرد فى أموال كل منهم بقدر ما استفاد " . وهو ما يدل على أن إصدار الأمر - متقدم المساق - إذا توافرت موجباته ، يتوقف على صدور حكم بإدانة الزوج الحاصل على كسب غير مشروع مرتبط به ويدور معه وجوداً وعدماً ، بحيث لا يتصور صدوره إلا إذا صدر حكم بإدانة الزوج ولا تكون له قائمة إذا ما ألغى الحكم المذكور ومن ثم مادامت المحكمة قد افتتحت - على ما سلف - إلى براءة

الطاعن الأول فإنه يتعين إلغاء الأمر بالرد في مواجهة باقى الطاعنين * .

١٢ - ثانياً : التشريع العادى :

يمر من التشريع العادى بثلاث مراحل يتم بها وجود القانون وهى :

١- اقتراح التشريع .

٢- الموافقة عليه من مجلس الشعب .

٣- إصدار رئيس الجمهورية للتشريع .

ونعرض لهذه المراحل فيما يلى :

١- اقتراح التشريع :

اقتراح التشريع هو عرض مشروعات قواعد قانونية على مجلس الشعب بقصد استيفاء الإجراءات اللازمة بشأنها حتى يدر بها تشريع يجعلها فى مرتبة قواعد القانون الوضعى .

وحق اقتراح التشريع يكون لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب (م ١٠٩ من الدستور) .

وقد جرى الاصطلاح بتسمية ما يعرض من جانب رئيس الجمهورية مشروعات قوانين ، وما يتقدم به أعضاء المجلس التشريعى اقتراحات بقوانين ^(١) .

(١) الدكتور سليمان مرقس المدخل للعلوم القانونية الطبعة الرابعة ١٩٦١

ويحال كل مشروع قانون إلى إحدى لجان المجلس لفحصه،
وهى اللجنة التى تختص بموضوع الاقتراح كلجنة الشؤون
الخارجية أو الشؤون السياحية أو الشؤون التعليمية إلخ وتقوم
اللجنة المختصة بإعداد تقرير يعرض على المجلس مع الاقتراح .

إلا إذا كان الاقتراح مقما من أحد أعضاء المجلس ، فيجب
عرضه على لجنة خاصة تسمى (لجنة الاقتراحات) للنظر فى
صلاحية عرض الاقتراح على المجلس ، ثم بعد ذلك يعرض على
اللجنة الفنية المختصة (م ١١٠ من الدستور) وتبرير عدم عرض
اقتراح الحكومة على لجنة المقترحات ، أنها تملك من الإمكانيات ما
يسمح لها بدراسة مشروع القانون من الناحية الفنية ومن الناحية
القانونية قبل عرضه على المجلس . وكذلك يمر اقتراح الحكومة
على قسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة لصياغته . أما بالنسبة
لاقتراح أحد الأعضاء فإن الأمر يختلف ، لأن للعضو العادى
لايملك من الوسائل ما يسمح له بدراسة اقتراحه فنيا أو بصياغته
بالطريقة المناسبة^(١).

وعند رفض المجلس لمشروع قانون قمنه أحد الأعضاء ،
لايجوز إعادة تقديمه ثانية فى نفس دور الانعقاد (م ١١١ من
الدستور) .

(١) نعمان جمعه ص ١٦٢ .

٢- الموافقة على التشريع من مجلس الشعب :

يجب موافقة مجلس الشعب على القانون بالأغلبية المطلقة للحاضرين ، أى أكثر من نصف الحاضرين . وذلك فى غير الحالات التى تشترط فيها أغلبية خاصة .

ويجرى التصويت على مشروعات القوانين مادة مادة . وعند تساوى الآراء يعتبر الموضوع الذى جرت المناقشة فى شأنه مرفوضا .

ولا يكون انعقاد المجلس صحيحا إلا بحضور أغلبية أعضائه (م١٠٧ من الدستور) .

٣- إصدار التشريع :

بعد أن تتم الموافقة من مجلس الشعب على مشروع القانون ، يحال بعد ذلك إلى رئيس الجمهورية حيث تقضى المادة (١١٢) من الدستور بأن " لرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين أو الاعتراض عليها " .

وتقضى المادة ١١٣ بأنه : " إذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع قانون أقره مجلس الشعب رده إليه خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغ المجلس إياه ، فإذا لم يرد مشروع القانون فى هذا الميعاد اعتبر قانونا وأصدر . وإذا رد فى الميعاد المتقدم إلى المجلس وأقره ثانية بأغلبية ثلثى أعضائه اعتبر قانونا وأصدر " .

ويبين مما تقدم أن اعتراض رئيس الجمهورية في الميعاد المتقدم قصد به حمل مجلس الشعب على إعادة النظر في مشروع القانون، ولا يفهم هذا الاعتراض على أنه قضاء مبرما على مشروع القانون الذي وافق عليه مجلس الشعب، إذ يستطيع هذا المجلس برغم اعتراض رئيس الجمهورية على القانون، أن يصر عليه وعندئذ يجب الحصول على أغلبية ثلثي أعضاء المجلس لإقرار مشروع القانون مرة ثانية ، وعندئذ لا يجوز لرئيس الجمهورية الاعتراض بل يجب عليه إصدار هذا القانون. ولذلك قبل أن اعتراض رئيس الجمهورية إنما هو اعتراض توقيفي veto suspensif^(١).

١٤ - نشر القانون :

تنص المادة ١٨٨ من الدستور على أن : " تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعادا آخر". وكلمة القوانين الواردة بالنص تنصرف إلى كافة التشريعات ، ومن بينها التشريعات الفرعية كاللوائح والقرارات الوزارية . ونشر القوانين في الجريدة الرسمية شرط أساسي لنفاذ القانون ، والهدف منه هو إعلام الكافة بالقانون ، وهذا الإعلام ضرورة

(١) الدستور رمضان أبو السعود الوسيط في مقدمة القانون المدني - الدار الجامعية ص ٢٧١ - نعمان جمعة ص ١٦٤ .

يقتضيها العدل ومنطق الإلزام بحكم القاعدة القانونية الذي يقترن بتوقيع جزاء على المخالف . فلكي يوقع الجزاء على شخص لمخالفة حكم قاعدة معينة ، فإن العدل والمنطق يقتضيان إتاحة الفرصة للمخاطب بأن يحترم هذا الحكم ويفلت من الجزاء . فالتخisir بين احترام ومخالفة قاعدة ليس متصورا بغير الإحاطة بحكمها .

وبناء على ذلك يعتبر النشر فى الجريدة الرسمية هو الطريق القانونى لشهر التشريع الجديد . ولا يقوم غيره مقامه ولو ثبت أنه أنجع فى إحاطة الناس علما بهذا التشريع كالإذاعة بالمذياع أو التلفاز مثلا^(١).

وقد رأينا أن النص أوجب نشر القوانين بالجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها ، وذلك حتى لا تتحكم السلطة التنفيذية فى نفاذ القانون بتعطيل نشره لأنها هى التى تهمين على عملية النشر^(٢).

كما أوجب النص أن يعمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعادا آخر .

(١) الدكتور سليمان مرقس ص ١٥٢ - الدكتور رمضان أبو السعود والدكتور همام محمد محمود المبادئ الأساسية فى القانون ١٩٩٥/١٩٩٦ ص ٨٧ .

(٢) نعمان جمعه ص ١٦٦ .

وطبقا للنص فإن يوم نشر القانون لايحسب في ميعاد الشهر ، بل لابد من انقضاء شهر كامل أيا كان عدد أيامه - ابتداء من اليوم التالي لتاريخ النشر ولاينتهي باعتباره ميعادا كاملا إلا بانصرام اليوم الأخير^(١).

وفي هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" إن الأصل الدستوري هو أن القوانين لايعمل بها إلا من تاريخ العلم بها ، وأن الأصل أن هذا العلم يفترض من واقعة نشرها في الجريدة الرسمية أو بعد فوات ميعاد محدد من هذا النشر . والعلم - والحالة هذه - لايفترض إلا بعد تمام واقعة معينة ، فلا يبدأ المجال الزمنى الحقيقي لتطبيق القانون الجديد إلا بعد اليوم المعين لتتمام هذا النشر ، لأن هذا اليوم هو فاصل زمنى يمتد أربعاً وعشرين ساعة ، وقد يتم النشر فى أى وقت فيه ، وقد يتراخى هذا الوقت لآخره ، فكيف يفترض علم الناس بالقانون الجديد من أوله ؟

ولذا كان الأصل المسلم فى حساب المواعيد كافة أنه إذا كان الميعاد لا يبدأ قانونا إلا بحدوث أمر معين هو الذى يعتبره القانون مجريا للميعاد فلا يحسب منه اليوم المعتبر فى نظر القانون مجريا لهذا الميعاد ، وإنما يحسب اليوم الأخير وقد ردد قانون المرافعات

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ٨٧ - سليمان مرقس

هذا الأصل الطبيعى فى المادة ٢٠ منه فى خصوص حساب المواعيد الخاصة بهذا القانون . وتطبيقا لهذا الأصل الطبيعى ذاته فى شأن تحديد المجال الزمنى لكل من القانون القديم والقانون الجديد . فمادام المجال الزمنى للقانون الجديد لا يبدأ إلا بعد تمام الأمر المعين الذى يعتبره الدستور هو المجرى لهذا المجال وهذا الأمر هو تمام النشر فى الجريدة الرسمية ، وهذا النشر قد يتراخى لآخر اليوم كما تقدم ، فإن هذا اليوم لا يدخل فى المجال الزمنى للقانون الجديد ، بل يبدأ هذا المجال من أول اليوم التالى ، وكان لامحيص من اعتبار يوم النشر ذاته داخلا فى المجال الزمنى لتنفاذ القانون القديم " .

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٥٩/٣/٢١)

غير أنه يجوز أن ينص فى القانون على أن ينفذ قبل الميعاد المذكور ، أو بمجرد نشره أو بعد انقضاء مدة أطول من مدة الشهر .

١٥- تصحيح الأخطاء الواردة عند نشر القانون :

قد يحدث أن يعثر النص المنشور للقانون فى الجريدة الرسمية خطأ . هذا الخطأ بدوره أما أن يكون مجرد خطأ مادى لا يمس موضوع وجوه التشرييع وهو عادة من السهل تبينه شأن الأخطاء اللغوية أو النحوية أو السهو المطبعى الواضح وقد يكون خطأ جوهريا يؤثر فى معنى التشرييع . أما عن النوع الأول وهو الخطأ

المادى فإن تصويبه يتم بمجرد استدراك ينشر بالجريدة الرسمية يتضمن التصحيح والتصويب فعلى هذا النحو يتم التصويب بواسطة الجهة القائمة على نشر الجريدة الرسمية بغير تصويت جديد من السلطة التشريعية وبغير إصدار جديد من رئيس الجمهورية . ويعتبر التصويب عندئذ جزءا من النص التشريعى المصحح له وله نفس قوته ويسرى النص المصحح من تاريخ العمل بالنص الأول . أما النوع الثانى من الأخطاء وهى تلك التى تمس جوهر التشريع وتؤثر على معناه فإنه لايجوز أن يتم إلا من خلال تشريع جديد من السلطة التشريعية يعدل به التشريع الذى تضمن الأخطاء .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الاستدراك الذى ينشر بالجريدة الرسمية لتصحيح نص بالقانون هو وسيلة تتخذ لتدارك ما عسى أن يكون قد اكتنف النص الأصلى من أخطاء مادية أو مطبعية عند نشره بقصد تصويبها . ويعتبر التصويب عندئذ جزءا من النص التشريعى المصحح وله نفس قوته فإذا جاوز الاستدراك هذا النطاق وانطوى على تغيير فى النص المنشور لفظا ومعنى فهو تعديل له من جهة لا يملكه لايجوز إلا بصور قانون آخر ولاينال من النص الأصلى الذى يتعين إعمال أحكامه " .

(الطلب رقم ٣٧ لسنة ٢٩ ق " رجال القضاء " جلسة

(١٩٦٦/١/١٨

٢- " الاستدراك هو وسيلة تتخذ لتدارك ما عسى أن يكون قد اكتنف النص الأصلي من أخطاء مادية أو مطبعية عند نشره بقصد تصويبها ، ويعتبر التصويب عندئذ جزءا من النص التشريعي المصحح وله نفس قوته فإذا جاوز الاستدراك هذا النطاق وانطوى على تغيير فى النص المنشور لفظا ومعنى فهو تعديل له لايجوز إلا بصدر قانون آخر " .

(طعن رقم ٣٩٣ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٨٢/١/٣)

١٦- لا يجوز الاحتجاج بنشر القانون بالجريدة الرسمية إذا ثبت عدم توزيع الجريدة :

مناط الاحتجاج بنشر القانون بالجريدة الرسمية ، أن يكون عدد الجريدة المنشور بها القانون قد تم توزيعه ، أما إذا ثبت عدم توزيعه لأى سبب ، فإنه لايجوز الاحتجاج بنشر القانون .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد المادة ١٨٨ من الدستور الصادر فى سنة ١٩٧١ أنه يجب العمل بالقوانين بعد مضى شهر يبدأ من اليوم التالى لتاريخ نشرها ، ما لم يحدد القانون نفسه ميعادا آخر أقصر أو أطول من ذلك لكى يصير نافذا ، وقد نظم القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر فى

١٩٧٣/٣/٢٦ والمنشور في الجريدة الرسمية في ١٩٧٣/٤/٥
إجراءات الطعن وجب على الكافة اتباعها ابتداء من تاريخ العمل
به، ومن بينها وجوب أن يودع الطاعن صورة من الحكم المطعون
فيه مطابقة لأصله والصورة المعلنة منه وقت تقديم الصحيفة وإلا
حكم ببطالان الطعن على خلاف ما كان متبعا قبله من ضم الملفين
الابتدائي والاستئنافي بجميع مفرداتهما، فيغنى هذا الضم بذاته عن
تقديم صورة من حكم محكمة أول درجة أو الحكم المطعون فيه ،
وتقضى المادة الثالثة من هذا القانون بالعمل به من تاريخ نشره ،
لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعنين قد رفعوا الطعن في ١٩٧٣/٥/٥
في ظل انطباق النص المعدل ولم يقدموا وقت تقديم صحيفة الطعن
صورة من الحكم المطعون فيه فإن الطعن يكون باطلا لا يغير من
هذا النظر ما ذهب إليه محامي الطاعنين بالجلسة من أنه لم يكن
يعلم بالتعديل السالف ، وأنه استحال عليه ذلك تبعا لتقديمه صحيفة
الطعن في ١٩٧٣/٤/٥ لدى قلم كتاب محكمة استئناف المنصورة
التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، وهو ذات اليوم الذي نشر فيه
القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ بالجريدة الرسمية ، ذلك لأنه وإن كان
افتراض علم الكافة بالإجراءات التي أوجبها ذلك القانون مرهون
بعدم قيام أسباب تحول حتما دون قيام هذا الافتراض . ولئن كان
المقصود بالنشر ليس مجرد إدراج التشريع بالجريدة الرسمية أي

طبعه فيها ولكن توزيعه بعد ذلك اعتبارا بأن التوزيع هو الذى يبيح لجمهرة المواطنين فرصة معرفة القانون ومن ثم يسوغ القول بافتراض علمهم به إلا أنه لما كانت هذه المحكمة قد طلبت من الطاعنين تقديم الدليل على أن عدد الجريدة الرسمية التى نشر فيه ذلك القانون لم يصر توزيعه فعلا فى يوم نشره ، وكانت الشهادة التى تترعوا بها صادرة من محكمة استئناف المنصورة وورد بها أن منشور وزارة العدل بالتبليغ عن صدور القانون لم يرد للمحكمة إلا فى ١٤/٤/١٩٧٣ فإن هذه الشهادة غير كافية بذاتها للتدليل على أن القانون المشار إليه لم يصادف توزيعه فعلا ذات يوم نشره بالجريدة الرسمية ويكون قول الطاعنين فى هذا الشأن مرسلا لا يدحض افتراض علم الكافة بالإجراءات التى أوجبها " .
(طعن رقم ٣٤٧ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢٨)

١٧- لا يجوز الاحتجاج بنشر القانون إذا حالت قوة القاهرة دون وصول الجريدة الرسمية إلى منطقة من مناطق الجمهورية :

لا يجوز الاحتجاج بنشر القانون إذا كانت الجريدة الرسمية لم تصل إلى منطقة من مناطق الجمهورية نتيجة قوة القاهرة ، كوجود حالة حرب أو وباء .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ قد نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٥٧/٤/٤ وأنه قد بدأ العمل بأحكامه اعتباراً من ١٩٥٧/٤/١٤ فإنه يفترض علم الكافة بهذه الأحكام من هذا التاريخ ولا يقبل من أحد الاعتذار بجهله أو إثبات أن ظروفه الخاصة قد حالت دون علمه الفعلي بها وإنما يقبل فقط العذر بالجهل بالقانون إذا حالت قوة القاهرة دون وصول الجريدة الرسمية بتاتاً إلى منطقة من مناطق الجمهورية . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في قبول اعتذار المطعون ضده بجهله نص المادة ٢٥ من قانون المحاماة إلى ما قرره الطاعة في منكرتها من أن المدة التي مضت ما بين تنفيذ القانون وبين إعلانها بصحيفة الدعوى لم تكن كافية ليعلم المطعون ضده رافع الدعوى بذلك النص المستحدث فإن هذا الاستناد خطأ في القانون لأن عدم كفاية هذه المدة لا يعتبر قوة القاهرة ولا يبرر قبول اعتذار المطعون ضده بالجهل بالنص المذكور " .

(طعن رقم ٤٠١ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٤/٨)

١٧ مكرراً - هل يجوز الاعتذار بجهل القانون ؟

رأينا أن الدستور اعتبر نشر القانون بالجريدة الرسمية دليلاً على علم الكافة بالقانون، وأن المقصود بالعلم هو العلم الحكمي أو القانوني وليس العلم الفعلي. فالنشر قرينة على علم الكافة بالقانون

الكافة بالقانون ويترتب على هذه القرينة مبدأ قانونى شهير مضمونه
أن الجهل بالقانون ليس بعذر .

وقد رأينا أن هذا العلم ينتفى بعدم توزيع الجريدة الرسمية أصلا
أو عدم وصولها إلى منطقة معينة نتيجة قوة القاهرة .

ومن ثم فإنه يترتب على ذلك أن المخاطب بالقانون لا يستطيع
الإقلاات بحجة وجود ظروف خاصة منعه من العلم به ، كمرضه
بمرض قضى على حواسه أو افقده الوعي ، أو وجوده فى مكان
ناء أو تغييبه عن أرض الوطن .

غير أن غالبية الفقه تذهب إلى أن مبدأ عدم جواز الاعتذار
بالجهل بأحكام القانون لاينطبق إلا على القوانين المتعلقة بالنظام
العام .

ويرى الفقه أن فكرة للنظام العام فى هذا المجال تختلف عنها
فى مجال التفرقة بين القواعد التى يجوز الاتفاق على ما يخالفها
وغيرها من القواعد .

ومن أمثلة القواعد التى يجوز فيها التمسك بالجهل بالقانون
ما يلى :

١- أن يتعاقد شخص مع آخر بلغ الثامنة عشرة وهو يعتقد أنه
قد بلغ سن الرشد، جاهلا صدور قانون جديد برفع هذه السن إلى
الحادية والعشرين .

٢- أن يصطلح الوارث مع الموصى له ، وهو وارث آخر ، على جزء من العين الموصى بها وهو يعتقد أن الوصية لوارث تصح دون إجازة من الورثة .

٣- أن يبيع وأرث حصته فى التركة ، وهى يحسب أنه يرث الثلث مثلا ، فإذا به يرث النصف طبقا لقانون الميراث الذى عمل به .

٤- إذا صدر قانون بتخفيض قيمة الإيجارات ، ودفع المستأجر قيمة الإيجار كاملة دون أن يعلم بصدر هذا القانون ، جاز له أن يعتذر بجهله هذا القانون وأن يسترد اللقدر الذى دفعه زيادة عما يجب .

٥- إذا كان مشترى العقار يجهل صدور قانون التسجيل الجديد الذى جعل العقد لاينقل الملكية إلا بعد تسجيله ويعتقد أن البائع إليه كان مالكا بعقد غير مسجل ، جاز له أن يعتذر بجهله القانون وأن يتمسك باعتباره حائزا بحسن نية يجوز له تملك ثمار المبيع الذى انتقل إلى حيازته بقبضها .

ومن ذلك يتضح أن فكرة النظام العام التى تقضى برفض الاعتذار بجهل القانون فكرة ضيقة حتى تكاد ألا تشمل على غير القوانين الجنائية والقوانين التى تنظم السلطات العامة والقوانين التى تفرض التزامات أو تحدد مواعيد معينة لمباشرة بعض الإجراءات أو استعمال بعض الحقوق^(١) .

(١) الدكتور سليمان مرقس ص ١٥٥ وما بعدها - وفى هذا المعنى محمد على عرفه ص ١٤ .

غير أن انطباق قاعدة عدم الاعتذار بجهل القانون لايمرى على القوانين الجنائية بصفة مطلقة ، فقد يعتبر من عناصر الجريمة مخالفة العمل المكون لها لحكم قانون غير قانون العقوبات . فعندئذ يلزم لتوافر القصد الجنائية انصراف علم الفاعل إلى ذلك القانون ، فالجهل به يأخذ حكم الغلط فى الواقع إذ الغلط فى الوقائع ينفى القصد الجنائى .

وتظهر أهمية ذلك فى الجرائم التى يعتبر عدم ملكية الجانى للمال موضوع الجريمة ركنا فيها كالسرقة والإتلاف وقتل الحيوان أو الإضرار به . فالقصد فى هذه الجرائم لايتوافر إلا إذا كان الفاعل يعلم أن المال مملوك للغير ، فإذا كان يجهل ذلك فلا يتوافر القصد فى حقه ^(١).

وقد أخذت بهذا رأى محكمة النقض - الدائرة الجنائية - إذ قضت بأن :

١- " إذا تبين أن ملكية الشئ المسروق محل نزاع جدى بين المتهم والمجنى عليه ولم يقد دليل على أنه لاشبهة لدى المتهم فى ملكية المجنى عليه للشئ المسروق وأن أخذه للشئ إنما كان

(١) الدكتور محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الثالثة ١٩٥٥ ص ٢٩١ وما بعدها - الدكتور محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الرابعة ١٩٧٧ ص ٦٢٩ وما بعدها .

اختلاساً له وسلباً من مالكه الذى يعتقد هو أن الملكية خالصة له من
دونه فلا يتحقق القصد الجنائى فى السرقة ولا يمكن العقاب عليها.
بل تبقى المسألة نزاعاً مدنياً محضاً يظفر فيه من يكون دليله مقبولا
بمقتضى قواعد القانون المدنى " .

(طعن رقم ٧٨٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٢٩/٢/٢٨)

٢- " متى كانت الواقعة الثابتة بالحكم هى أن المتهمين حين
مباشرة عقد الزواج - وهو مشروع فى ذاته - قررا بسلامة نية
أمام المأذون وهو يثبت لهما - عدم وجود مانع من مواعنه ، كانا
فى الواقع جهلان وجوده وكانت المحكمة - بناء على وقائع
الدعوى وأدلتها المعروضة عليها - قد اطمأنت إلى هذا الدفاع
وعدت لهما معذورين جهلان وجود ذلك المانع وأن جهلهما فى هذه
الحالة لم يكن لعدم علمهما بحكم من أحكام قانون العقوبات وإنما
هو جهل بقاعدة مقررة فى قانون آخر هو قانون الأحوال
الشخصية. وهو جهل مركب من جهل بهذه القاعدة القانونية
وبالواقع فى وقت واحد مما يجب قانونا - فى المسائل الجنائية -
اعتباره فى جملته جهلا بالواقع وكان الحكم قد اعتبر الظروف
والملايسات التى أحاطت بهذه دليلاً قاطعاً على صحة ما اعتقده من
أنهما على صحة ما اعتقد من أنهما كانا يباشران عملاً مشروعاً -
لأسباب المعقولة التى تبرر لديهما هذا الاعتقاد - بما ينتفى معه

القصد الجنائي الواجب توافره في جريمة التزوير فإن الحكم إذ قضى ببراءة المتهمين يكون قد طبق القانون تطبيقاً سليماً .

(طعن رقم ٧٤٦ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٥٩/١١/٣)

إلا أنه لا يقبل الاعتذار بالجهل بالقانون إلا إذا أقام المتهم الدليل القاطع على أنه تحرى تحرياً كافياً ، وأنه قد اعتقد بأنه إنما كان يباشر عملاً مشروعاً وكان لاعتقاده هذا أسباب معقولة .

وفي هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

" ... ولكن مثل هذا الجهل لا يقبل الاعتذار به إلا إذا أقام المتهم الدليل القاطع على أنه تحرى كافياً ، وأنه إذا اعتقد بأنه إنما كان يباشر عملاً مشروعاً كان لاعتقاده هذا أسباب مقبولة . فإن هذا هو المعمول عليه في القوانين الجنائية التي أخذ عنها الشارع أسس المسؤولية الجنائية . وهو المستفاد من مجموع نصوص القانون ، إذ أنه مع تقريره قاعدة عدم قبول الاعتذار بعدم العلم بالقانون قال مثلاً في المادة ٦٣ عقوبات : " لأ جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه طاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه ، أو إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءاته من اختصاصه . وأنه على كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري ، وأنه كان يعتقد مشروعيته ،

وأن اعتقاده كان مبنيًا على أسباب معقولة " كما قال في المادة ٦٠
أن أحكام قانون العقوبات لا تسرى على كل فعل ارتكب بنية سليمة
عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة أو القانون " .
(طعن رقم ١٠٦٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٠/٥/١٩٤٣)

١٨- الغلط في القانون :

أنظر شرح المادة (١٢٢) .

١٩- ثالثاً: التشريع الفرعى :

التشريع الفرعى هو الذى تقوم بوضعه السلطة التنفيذية لتنظيم
تفاصيل تطبيق التشريع العادى ، وترتيب المصالح العامة ، وهو
يشمل اللوائح والقرارات التى تصدر من الهيئات التنفيذية المختلفة .

فهو ينقسم على هذا النحو إلى ثلاثة أنواع هى :

(أ) اللائحة التنفيذية .

(ب) اللائحة التنظيمية .

(ج) لائحة الضبط .

ونعرض لكل منها بشئ من التفصيل فيما يلى :

٢٠- (أ) اللائحة التنفيذية :

وهذه اللائحة أشارت إليها المادة ١٤٤ من الدستور والتى
تنص بـ أن : " يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ
القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها ، وله

أن يفوض غيره في إصدارها ، ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه .

فالأصل أن كل أعمال التشريع تعتبر من اختصاص السلطة التشريعية دون غيرها . فإذا وضعت هذه السلطة تشريعا متعلقا بموضوع معين ، كان يجب أن تضمنه جميع القواعد التفصيلية التي تنظم طريقة تنفيذه ، وأن توالى هذه القواعد بالتعديل والتحويل فيها على ضوء ما ينكشف للسلطة التنفيذية عند تطبيق التشريع .

غير أنه لوحظ أن تنظيم التشريع يقتضى الإحاطة بجميع الظروف المتباينة التي يراد تطبيقه فيها والدخول فى تفاصيل دقيقة ويصطدم بصعوبات عملية لا تتضح إلا للسلطة التنفيذية عند التطبيق . ويستحيل على السلطة التشريعية أن تحيط بكل ذلك سلفا ، لتنظيمه فى التشريع ذاته ، ولذلك عهد المشرع إلى السلطة التنفيذية بإصدار هذه اللوائح التنفيذية .

وهذه اللوائح التنفيذية تعتبر من الناحية الموضوعية تشريعات فرعية، وإن كانت من الناحية الشكلية تعتبر أعمال إدارة عامة لصورها من رئيس الجمهورية بصفته رئيس السلطة التنفيذية^(١) . ويتضح من النص المذكور أن إصدار هذه اللوائح هو أساسا من اختصاص رئيس الجمهورية، وله تفويض غيره فى إصدارها .

(١) سليمان مرقس ص ١٤٠ .

كلّان يفوض رئيس مجلس الوزراء أو الوزير المختص في إصدار اللائحة ، وقد يعين القانون الشخص المختص بإصدار اللائحة اللازمة لتنفيذه وغالبا ما يكون هو الوزير الذي يقع في اختصاص وزارته موضوع القانون المطلوب تنفيذه . ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة ٨٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من أن : "يصدر وزير الإسكان والتعمير اللوائح والقرارات اللازمة لتنفيذ هذا القانون خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العمل به " .

وأيا كانت السلطة التي تضع اللوائح التنفيذية فإنها يجب عليها أن تنقيد في وضعها بما يقضى به التشريع الرئيسي . فلا يجوز لها أن تضع من القواعد التنفيذية ما يتعارض مع قواعد التشريع الرئيسي ولا ما يعدل فيه أو يعطله أو يعفى أحدا من تنفيذه ، لأنها إن فعلت تخرج بذلك عن حدودها وتكون قراراتها باطلة لا يعمل بها.

وكذلك فيما يتعلق بالسلطات الإدارية المختلفة فيما تصدره من لوائح أو قرارات تنفيذية ، فإن السلطة الأدنى لايجوز لها أن تعدل فيما تصدره من قرارات ما تكون السلطة الأعلى قد وضعتها^(١).

(١) سليمان مرقس ص ١٤١ وما بعدها - رمضان أبو السعود وهام محمد ص ٧٨ .

كما لايجوز لللائحة التنفيذية عن طريق تفسير بعض الأحكام التى اشتمل عليها القانون أن تعتمد إلى تحويل أو تحريف مضمونها وإضافة أحكام جديدة لها ، فمثل هذه الإضافة لايجوز أن تكون إلا بقانون . وإذا عمدت السلطة التنفيذية ، وهى تضع اللائحة إلى مثل هذا، فإنها تكون قد تعدت النطاق المرسوم لها وتجاوزت اختصاصها . واعتدت على اختصاص السلطة التشريعية ويمكن الطعن عليها بعدم المشروعية .

ويملك القضاء إذا تبين له أن اللائحة التنفيذية قد تضمنت حكما مخالفا للقانون الصادرة تنفيذا له ، أن يمتنع عن تطبيق اللائحة ويطبق النص القانونى طبقا لمبدأ تدرج التشريعات ^(١).

ولضمان عدم خروج اللائحة التنفيذية على القانون تنص المادة ٦٣ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة على أنه: "على كل وزارة أو مصلحة قبل استصدار أى قانون أو قرار من رئيس الجمهورية ذى صفة تشريعية أو لائحة أن تعرض للمشروع المقترح على قسم التشريع لمراجعة صياغته ، ويجوز لها أن تعهد إليه بإعداد هذه التشريعات " .

(١) الدكتور رمضان أبو السعود الوسيط فى شرح مقدمة القانون المدنى الدار الجامعية للطباعة والنشر ص ٢٨٣ - الدكتور يحيى للجمل النظام الدستورى فى جمهورية مصر العربية ١٩٧٤ ص ٢١١ .

كما تنص المادة ٦٤ على أن : " تقوم بمراجعة صياغة التشريعات التي يرى مجلس الوزراء أو أحد الوزراء أو رئيس مجلس الدولة نظرها على وجه الاستعمال لجنة تشكل من رئيس قسم التشريع أو من يقوم مقامه وأحد مستشاري القسم يندبه رئيس القسم ورئيس إدارة الفتوى المختصة " .

وقد قضت محكمة النقض — الدائرة الجنائية بأن :

" لما كان ذلك ، وكانت أولى فقرات المادة الأولى من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ في شأن تنظيم الرقابة على عمليات النقد تنص صراحة على أنه : يحظر التعامل في أوراق النقد الأجنبي أو تحويل النقد من مصر وإليها ، كما يحظر كل تعهد مقوم بعملة أجنبية وكل مقاصة منطوية على تحويل أو تسوية كاملة أو جزئية بنقد أجنبي وغير ذلك من عمليات النقد الأجنبي سواء كانت حالة أو كانت لأجل إلا بالشروط والأوضاع التي تحدد بقرار من وزير المالية وعن طريق المصارف المرخص لها منه في ذلك " ، كما تنص المادة الأولى من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٥٩ في شأن الاستيراد والمادتان الأولى والثانية من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٦٣ على حظر استيراد السلع من خارج الجمهورية قبل الحصول على ترخيص في الاستيراد من وزارة الاقتصاد وعلى اعتبار هذه التراخيص شخصية لايجوز التنازل عنها وإن " يكون استيراد السلع من خارج الجمهورية بقصد الاتجار أو التصنيع

مقصورا على شركات وهيئات القطاع العام أو تلك التي يساهم فيها القطاع العام " ، وأن " تكون تراخيص الاستيراد شخصية ولا يجوز التنازل عنها بأى وجه من الأوجه أو بيعها كما يجوز توكيل الغير فى بيعها " ، وكان من المقرر أن التشريع لايلغى إلا بتشريع لاحق له أعلى منه أو مساو له فى مدارج التشريع ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع . وإذ كان الثابت أن قانونا لاحقا لم يصدر زالت به القوة التنفيذية لأى من القوانين أرقام ٨٠ لسنة ١٩٤٧ و ٩ لسنة ١٩٥٩ و ٩٥ لسنة ١٩٦٧ وأباح التعامل فى النقد الأجنبى وأفعال المقاصة بما تخطوى عليه من تحويل أو تسوية كاملة أو جزئية بنقد أجنبى أو أجاز للأفراد والقطاع الخاص استيراد السلع من الخارج بغير ترخيص من وزارة الاقتصاد وبقصد الاتجار . وكان الأصل أنه يجب التحرز فى تفسير القوانين الجنائية والتزم جانب الدقة فى ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتل . وأنه متى كانت عبارة القانون واضحة لا لبس فيها فإنه يجب أن تعد تعبير صادقا عن إرادة الشارع ولايجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل أيضا كان الباعث على ذلك ، ولا الخروج على النص متى كان واضحا جلى المعنى قاطعا فى الدلالة على المراد منه بدعوى الاستهداء بالحكمة لئلا لملته لأن البحث فى حكمة التشريع ودواعيه

إنما تكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه ، إذ تدور الأحكام القانونية مع علتها لا مع حكمتها ، وأنه لا محل للاجتهاد إزاء صراحة نص القانون الواجب تطبيقه ، فإن القول بأن خروج نظام الاستيراد بدون تحويل عملة إلى حيز الوجود بمقتضى القرارات الصادرة فى هذا الشأن يترتب عليه بالضرورة وبطريق اللزوم العقلى التعارض مع حكم المادة الأولى من قانون النقد وأن التعارض يتركز على محل واحد هو التعامل فى النقد الأجنبى للاحتياج إليه فى التمويل وأن السماح باستيراد السلع بدون ترخيص وفقا لنظام السوق الموازية قد ألغى تراخيص الاستيراد بصورة مطلقة شاملة يكون فضلا عن مخالفته لصحيح القانون اجتهادا غير جائز إزاء صراحة نص القانون الواجب تطبيقه وتوسعا فى تفسير القوانين الجنائية وأخذا بحكمتها لا بعلتها وهو ما لايجوز قانونا .

وإذ كان من حق السلطة التنفيذية - طبقا للمبادئ الدستورية المتواضع عليها - أن تتولى أعمالا تشريعية عن طريق إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، فليس معنى هذا الحق نزول السلطة التشريعية عن سبلطتها فى سن القوانين إلى السلطة التنفيذية ، بل هو دعوة لهذه السلطة لاستعمال حقها فى وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين دون أن تزيد عليها شيئا جديدا أو تعطل فيها أو تعطل تنفيذها أو أن تغفى من هذا التنفيذ، ومن ثم فإن اللائحة التنفيذية

لايصح أن تلغى أو تتسخ نصا أمرا فى القانون . ومن المقرر أنه يشترط لصدور القرار فى حدود التفويض التشريعى ألا يوجد أدنى تضاد بين الحظر الوارد فى نص القانون وبين الشروط والأوضاع المحددة فى القرار ، وأنه عند التعارض بين نصين أحدهما وارد فى القانون والآخر وارد فى لأحتة التنفيذية ، فإن النص الأول يكون هو الواجب التطبيق باعتباره أصلا للائحة .

(طعن رقم ٨٠٥ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٥/٦/٢٢)

ويرى بعض الفقهاء أنه لا يعد خروجاً على نطاق اللائحة التنفيذية أن تضيف إلى القانون الصادرة هى لتنفيذه من القواعد مالا يتعارض مع أحكامه وإنما يتفق معها صراحة أو ضمناً ويتمشى مع الغرض الذى يرمى القانون إلى تحقيقه^(١).

٢١- هل يتوقف تطبيق القانون على صدور لأحتة التنفيذية؟

الأصل أن القانون يسرى من التاريخ المحدد لسريانه إذا كانت نصوص القانون صالحة بذاتها لتسرى على الوقائع التى تخضع له. أما إذا كانت هذه النصوص يتوقف سريانها على صدور اللائحة التنفيذية للقانون ، فإنه يربأ العمل بالقانون لحين صدور هذه اللائحة والعمل بها .

(١) الدكتور محمد كامل ليلة مبادئ القانون الإدارى ج١ بيروت ١٩٦٨ -

١٩٦٩ ص ٣١٦ والمراجع المشار إليها فى هامش رقم (١) .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن :

" إن القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ قد صدر ونشر بالجريدة الرسمية وفقا للأوضاع الدستورية فأصبح بذلك نافذا . وتتص المواد ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٦ ، ١٠ منه على أوامر ونواه صريحة غير معلقة على شرط يحتم القانون مراعاتها في كل تقسيم يراد إنشاؤه في المدن والقرى التى يسرى عليها ، وتتص المادة ٢٥ على تكليف وزارة الأشغال العمومية والداخلية والصحة العمومية والعدل بتنفيذ كل فيما يخصه ، وإذ خولتهم إصدار قرارات باللوائح التنفيذية له وأجازت فيها إضافة شروط على الشروط الواردة فيه (المادتان ٢ ، ١٢) أو تعديل بعض هذه الشروط بالنسبة لبعض المدن والقرى أو لبعض الأحياء من المدن فيما يتعلق بعرض الطرق (المادة ٤) لم ترتب على التراخى فى إصدار اللوائح التنفيذية تعطيل النصوص الناجزة التى أوجب القانون مراعاتها كما أن المادة السابعة من القانون إذ نصت على وجوب تقديم الطلب الخاص بالموافقة على التقسيم طبقا للشروط والأوضاع المقررة باللائحة التنفيذية إنما جازت أن تتضمن تلك اللائحة من الشروط والأوضاع لتنظيم الطلبات شروطا أخرى غير ما أوجبه القانون دون أن يفيد ذلك أنه إذا لم تصدر لائحة تنفيذية امتنع تنفيذ القانون . وإن فى الحكم المطعون فيه إذ قضى ببراءة المتهمين تأسيسا على أن القانون رقم

٥٢ لسنة ١٩٤٠ لم تصدر بعد لائحته التنفيذية مما يجعل أحكامه مبهمة وغير واضحة - يكون مبنيا على خطأ فى تفسير القانون .
(طعن جنائى رقم ١٨٦ سنة ٢٤ ق جلسة ١٠/٦/١٩٥٤)
(طعن جنائى رقم ٢٥٨ لسنة ٢٤ ق جلسة ١١/١/١٩٥٥)

٢٢- هل يعمل باللائحة التنفيذية لقانون ملغى ؟

وإن ترتب على إلغاء قانون نسخ القواعد القديمة حتى تلك التى لا تعارض مع القانون الجديد ، إلا أن ما صدر من لوائح تنفيذاً للقانون القديم إذا كانت تتوافق مع نصوص القانون الجديد فإنها تظل سارية حتى تصدر اللائحة التنفيذية للقانون الجديد ما لم ينص القانون الجديد صراحة على إلغاء تلك اللائحة ^(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إلغاء نظام قانونى معين ليستبدل به نظام قانونى جديد ، وإن ترتب عليه نسخ القواعد القديمة حتى تلك التى لا تعارض مع النظام القانونى الجديد إلا أن ما صدر من لوائح الإدارة العامة تنفيذاً للقانون القديم ، وبالنسبة للنصوص الواردة فيها التى تتوافق مع القانون الجديد ، فإنها تبقى نافذة المفعول إلى ما بعد صدور القانون الجديد ما لم ينص صراحة على إلغاء مثل هذه اللوائح .
(طعن رقم ٥٢٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ٢/٦/١٩٧٠)

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية الجزء الأول الطبعة الخامسة عشرة ٢٠٠٢/٢٠٠٣ ص ٦٧ .

٢- " إلغاء نظام قانونى معين ليستبدل به نظام قانونى جديد
وفى مرتب عليه نسخ القواعد القديمة حتى تلك التى لا تتعارض مع
النظام القانونى الجديد ، إلا أن ما صدر من لوائح الإدارة العامة
تنفيذا للقانون القديم ، وبالنسبة للنصوص الواردة فيها التى تتوافق
مع القانون الجديد تبقى نافذة المفعول فى ظل القانون الجديد ما لم
ينص صراحة على إلغائها وإذا كان القانون الجديد لبلدية الاسكندرية
رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٠ قد استبقى لها شخصيتها الاعتبارية العامة
واختصاصها فى تسيير النظام المالى للبلدية وحققا فى تحصيل
الإيرادات لمواجهة ما تؤدعه من خدمات والإنفاق على المرافق
للعمامة المنوط بها إدارتها والجهاز الإدارى للمدينة ، فلن إلغاء
الأمر العالى الصادر فى سنة ١٨٩٠ بالقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٠
لايستتبع إلغاء اللوائح السابق صدورها فى ظل الأمر الملغى ،
ومنها القرار الصادر فى ٢١/١٠/١٩٤٢ بفرض رسوم بلدية على
محال الخمور ، إذ لم ينص فيه على إلغاء ما يتوافق مع أحكام
القانون الجديد ، وإنما يبقى هذا القرار قائما حتى صدور قرار جديد
بتعديله أو إلغائه ، ويكون النعى عليه بعدم الدستورية غير جدى ،
لأن الضرائب والرسوم المحلية لايشترط أن يكون فرضها بقانون ،
وإنما يكفى أن تصدر بناء على قانون " .

(طعن رقم ١٢٢ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٤/٢٦) (١)

٢٢- (ب) : اللوائح التنظيمية :

تنص المادة ١٤٦ من الدستور على أن :

" يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة " .

فاللوائح التنظيمية هي التي تنشئ وتنظم وترتب سير العمل في المرافق والمصالح العامة وتنسق العمل بينها .
وهذه اللوائح مستقلة ، وليست تنفيذًا لقانون معين .

وقد خول النص رئيس الجمهورية سلطة إصدار هذه اللوائح باعتبار أنه القائم على مباشرة مهام السلطة التنفيذية فهو الذي يتولى تسيير المصالح والمرافق العامة التي هي هيئات تقوم بأداء خدمات عامة في مختلف المجالات ومن خلالها تمارس السلطة التنفيذية مهامها الإدارية .

(١) عكس ذلك المحكمة الإدارية العليا إذ قضت في الطعن رقم ١٥٧١ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/١٧ بأن :

" إن اللوائح التنفيذية إنما تستمد وجودها وقوتها من القانون الذي تصدر تنفيذًا لأحكامه فإذا ما ألغى هذا القانون ، ولم ينص القانون اللاحق على بقاء اللوائح التنفيذية الصادرة تنفيذًا للقانون السابق قائمة ومعمولا بها إلى أن تعدل أو تلغى طبقًا للقانون الجديد ، فإن ذلك يستتبع حتمًا وبالضرورة اعتبار اللوائح السابقة ملغاة دون أن يحل محلها شيء ولأنها إنما تنبثق عن القانون ويتوقف مصيرها عليه وجودا وعدمًا " .

ومن قبيل ذلك القرار الجمهورى رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٧ بإنشاء هيئة القطاع العام لاستصلاح الأراضى والقرار رقم ٣٦١٧ لسنة ١٩٧١ فى شأن تنظيم أكاديمية البحث العلمى والتكنولوجيا .

ويلاحظ أن نص المادة ١٤٦ من الدستور لم يخلو رئيس الجمهورية الحق فى تفويض غيره فى إصدار اللوائح التنظيمية كما هو الشأن فى اللوائح التنفيذية ، والسبب فى ذلك أن اللوائح التنظيمية تعد أكثر أهمية وخطرا من اللوائح التنفيذية لأنها لوائح قائمة بذاتها ولا تستند إلى قانون تصدر لتنفيذه .

وتزداد هذه الأهمية والخطورة بعد أن سمح لرئيس الجمهورية بإنشاء المرافق الجديدة ، ولذلك لايجوز التفويض فى هذا الشأن^(١).

وقد قضت محكمة النقض - فى حالة قريبة الشبه بأن :

" يبين من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ أن التفويض باتخاذ التدابير المنصوص عليها فى المادة الأولى منه صادر من المشرع إلى وزير التموين وبشرط موافقة لجنة التموين العليا ولم ينص فى هذا المرسوم بقانون على تخويل الوزير الحق فى إنابة غيره فى اتخاذ أى من هذه التدابير ولهذا فلا يكون لغير الوزير من موظفى وزارة التموين اتخاذ شئ منها كما لايجوز للوزير نفسه

(١) الدكتور رمضان أبو السعود ص ٢٨٥ .

إصدار قرارات باتخاذ تلك التدابير أو بعضها إلا بموافقة لجنة التموين العليا " .

(طعن رقم ٢٦٠ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٨)

٢٤- (ج) : **لوائح الضبط (لوائح البوليس) :**

تبين المادة ١٤٥ من الدستور على أن : " يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط " .

ولوائح الضبط (لوائح البوليس) هي اللوائح التي تضعها السلطة التنفيذية قاصدة بها تحقيق المصلحة العامة في مجالات المحافظة على الأمن العام والصحة العامة والسكنية العامة .

ويقصد بالسكنية العامة المحافظة على حالة الهدوء والسكون في الطرق والأماكن العامة حتى لا يتعرض أفراد الجمهور لمضايقات الغير بهذه الأماكن ولإزعاجهم في أوقات راحتهم أو الأصوات المقلقة للراحة ويشمل ذلك الاضطرابات والثورات والأصوات التي تتبعث من الباعة المتجولين أو المتسولين ليلا .

ويقصد بالأمن العام اطمئنان الجمهور على نفسه وماله من خطر الاعتداءات التي يمكن أن تقع عليه في الطرق والأماكن العامة كما يقصد به حماية الجمهور من الكوارث والأخطار العامة كالفيضانات والغرق والحريق والحوادث التي تقع من مجانين وحوادث السطو .

ويقصد بالصحة العامة وقاية الجمهور من الأمراض بإعداد المياه الصالحة للشرب والمحافظة عليها من التلوث ومقاومة الأمراض المعدية . ومنع انتشارها وتنظيم المجارى العامة وغير ذلك من الأعمال التى تلزم للمحافظة على صحة الجمهور ^(١).

ومن أمثلة لوائح الضبط أو لوائح البوليس ، لوائح المرور واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية واللوائح الخاصة بمنع انتشار الأوبئة ، واللوائح الخاصة بالمحال العامة والخطرة والمضرة بالصحة والمقنعة للراحة ^(٢).

ولم تخول المادة (١٤٥) رئيس الجمهورية تفويض غيره فى إصدارها ، ومن ثم لايجوز له التفويض فى إصدارها والسبب فى ذلك أنه وإن كانت هذه اللوائح لا تستطيع أن تخالف أحكام القوانين القائمة أو تعارضها أو تعطل نفاذها أو تعديلها شأنها فى ذلك شأن اللوائح التنفيذية إلا أنها من ناحية أخرى كثيرا ما تنظم أموار لم يسبق تنظيمها بقانون ، وتضع ابتداء قيودا متعددة على حقوق وحريات الأفراد .

(١) رمضان أبو السعود ص ٢٨٥ وما بعدها .

(٢) يحيى الجمل ص ٢١٢ .

ويلاحظ أخيرا أن لوائح الضبط قد تقضى ببعض العقوبات اللازمة لفرض احترام أحكامها ، وقد قيد المشرع السلطة الإدارية فى هذا الشأن بقيد عام ورد فى المادة ٣٨٠ من قانون العقوبات (المستبدلة بالقانون رقم ١٦٩ لسنة ١٩٨١) حيث تقضى هذه المادة بأن : " من خالف أحكام اللوائح العامة أو المحلية الصادرة من جهات الإدارة العامة أو المحلية يجازى بالعقوبات المقررة فى تلك اللوائح بشرط ألا تزيد على خمسين جنيتها فإن كانت العقوبة المقررة فى اللوائح زائدة عن هذه الحدود وجب حتما إزالها إليها . فإذا كانت اللائحة لاتتص على عقوبة ما يجازى من يخالف أحكامها بدفع غرامة لاتزيد على خمسة وعشرين جنيتها " .

ومعنى ذلك أن سلطة رئيس الجمهورية فى تضمين لوائح الضبط لبعض العقوبات تقيد بألا تزيد هذه العقوبة عن عقوبة المخالفة .

وهو ما يعتبر أساسا شرعيا لولاية لائحة الضبط فى إنشاء بعض الجرائم والعقوبات على اعتبار أن المادة ٦٦ من الدستور تنص على أنه : "للاجريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون " ، ولم يقل النص " إلا بقانون " .

والفقه على اعتناق للتفسير الضيق لنص المادة الأولى من القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ فى شأن التفويض فى الاختصاصات التى تقضى بأن : " لرئيس الجمهورية أن يعهد ببعض الاختصاصات

المخولة له بموجب التشريعات إلى نوابه أو رئيس الوزراء أو نواب رئيس الوزراء أو نواب المحافظين". ولكن لا يجوز لأحد ممن فوضه رئيس الجمهورية في هذا الاختصاص أن يفوض غيره فيه ، حيث حصر الفقه صلاحية رئيس الجمهورية في التفويض فيما تقرره بمقتضى التشريعات العادية بما لا يمتد إلى ما هو ثابت بالدستور ^(١).

٢٥- حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن التشريع العادى :

تعد السلطة التشريعية ممثلة في مجلس الشعب صاحبة الحق الأصل في سن التشريع العادى ، ومع ذلك فقد تول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سنه في حالتين ، هما حالة الضرورة وحالة التفويض .

٢٦- (أ) تشريع الضرورة أو لوائح الضرورة :

نقضى المادة (١٤٧) من الدستور بأن : " إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون .

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ٨٢ وهامش (٢) .

ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما وتعرض في أول اجتماع له في حالة حله أو وقف جلساته . فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتمادا نفلاها في الفترة السابقة أو تصوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر " .

ويستخلص من هذا النص أن هناك عدة شروط لإمكان صدور قرار من رئيس الجمهورية له قوة القانون ، أي قرار بقانون هي :

١- أن يكون مجلس الشعب في غيبته أي يكون غير منعقد :

وأسباب عدم الاعتقاد متعددة ، فمن المعروف أن المجلس لاينعقد بصفة دائمة فمدة الاعتقاد العادي للمجلس يبدأ من الأسبوع الثاني من نوفمبر ويستمر مدة سبعة أشهر على الأقل (م ١٠١ من الدستور) ، أي أن هناك فترة إجازة أو راحة للمجلس قد تستمر خمسة أشهر ، وقد يكون سبب عدم الاعتقاد هو صدور قرار من رئيس الجمهورية بحل المجلس ووقف جلساته بالتطبيق لحكم المادة ١٣٦ من الدستور التي تقضى بأن : " لايجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس الشعب إلا عند الضرورة وبعد استفتاء للشعب ويصدر رئيس الجمهورية قرارا بوقف جلسات المجلس وإجراء الاستفتاء

خلال ثلاثين يوما ، فإذا أقرت الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم الحل ، أصدر رئيس الجمهورية قرارا به ... الخ " .
فالأرخصة التي منحها الدستور لرئيس الجمهورية في إصدار القرار بقانون ينالط به استخداما في حالة غيبة المجلس أيا كان سبب تلك الغيبة .

٢- أن توجد ضرورة للالتجاء إلى ذلك ، أى أن يكون هناك أمر عاجل يلزم علاجه دون إبطاء ، وفيما لا يحتمل الانتظار إلى حين عودة مجلس الشعب أو انعقاده ، كحالة حرب أو فتنة داخلية أو كوارث طبيعية . وقد جاءت صياغة النص مرنة بما يمكن رئيس الجمهورية من مواجهة الحالات غير المتوقعة وغير الواردة تحت حصر والتي يترك له أمر تقدير إلحاحها وهو ما لا خطر منه بالنظر إلى ضرورة عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في مدة قصيرة حددها النص لمراقبة نواحي الضرورة .

وعلى اعتبار أن الضرورة تقدر بقدرها . فإن إصدار رئيس الجمهورية لقرارات بقوانين فيما هو من الاختصاص الأصيل لمجلس الشعب لا يكون إلا في الحدود اللازمة لمواجهة الظروف الاستثنائية التي دعت إلى تكمله سواء من ناحية الموضوع أو من حيث الزمن . بحيث تعتبر اغتصابا لسلطة مجلس الشعب ما يصدر عنه في شأن موضوعات لا تستلزمها مواجهة حالة الضرورة أو فيما بعد انتهاء حالة الضرورة أو فيما بعد عودة الأصيل صاحب الاختصاص .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

١- (أ) - " إن تقدير الضرورة الداعية لإصدار القرارات قوانين عملاً بالمادة ١٤٧ من الدستور متروك لرئيس الجمهورية تحت رقابة مجلس الشعب باعتبار ذلك من عناصر السياسة التشريعية التي لا تمتد إليها الرقابة الدستورية ، ذلك أنه وإن كان لرئيس الجمهورية سلطة التشريع الاستثنائية طبقاً للمادة المشار إليها وفق ما تمليه المخاطر المترتبة على قيام ظروف طارئة تستوجب سرعة المواجهة وذلك تحت رقابة مجلس الشعب ، إلا أن ذلك لايعنى إطلاق هذه السلطة في إصدار قرارات بقوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور والتي سبق أن استظهرتها المحكمة ومن بينها اشتراط أن يطراً - في غيبة مجلس الشعب - ظرف من شأنه توفر الحالة الداعية لاستعمال رخصة التشريع الاستثنائية وهو ما لم تكن له قائمة بالنسبة للقرار بقانون المطعون عليه الأمر الذي يحتم إخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية " .

(القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية " دستورية " جلسة

١٩٨٥/٥/٤)

(ب) - " إن من القوانين عمل تشريعي تختص به الهيئة التشريعية التي تتمثل في مجلس الشعب طبقاً للمادة ٨٦ من الدستور ، والأصل أن تتولى هذه الهيئة بنفسها سلطة التشريع على

مقتضى القواعد المقررة فى الدستور إلا أنه نظراً لما قد يطرأ فى غيبة مجلس الشعب من ظروف توجب سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير ، فقد أجاز الدستور لرئيس الجمهورية فى تلك الحالات أن يصدر فى شأنها قرارات لها قوة القانون .

وقد حرص المشرع الدستورى على أن يضع لهذه السلطة الاستثنائية فى التشريع من الضوابط والقيود ما يكفل عدم تحولها - إلى ممارسة تشريعية مطلقة ، موقفاً بذلك بين مقتضيات الفصل بين السلطات وضمنان مباشرة كل منها للمهام المنوطة بها ، وبين الاعتبار العملية الملحة التى تتطلب تخويل رئيس الجمهورية رخصة التشريع - على سبيل الاستثناء - لمواجهة تلك الظروف الطارئة حال غياب المجلس التشريعى المختص أصلاً بذلك . من أجل ذلك نص الدستور فى الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ على أنه : " إذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون " . وفى الفقرة الثانية على أنه : " ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً ، ويعرض فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما

كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر " .

(للقضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية " دستورية " جلسة ١٩٨٥/٥/٤)

٣- " إن الأسباب التى استندت إليها الحكومة فى التعجيل

بإصدار القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ فى غيبة مجلس

الشعب، تتمثل فيما أوردته مذكرته الإيضاحية من " أن القانونين

رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاصة ببعض أحكام

الأحوال الشخصية قد مضى على صدورهما قرابة خمسين عاما طرأ

فيها على المجتمع كثير من التغيير المادى والأدبى التى انعكست

آثارها على العلاقات الاجتماعية الأمر الذى حمل القضاة عبئا

كبيرا فى تخريج أحكام الحوادث التى تعرض عليهم ، وقد كشف

ذلك عن قصور فى بعض أحكام القوانين القائمة مما دعا إلى

البحث عن أحكام الأحوال التى استجندت فى حياة المجتمع المصرى

ونلك فى نطاق نصوص الشريعة دون مصادرة أى حق مقرر

بدليل قطعى لأى فرد من أفراد الأسرة بل الهدف من المشروع هو

تنظيم استعمال بعض هذه الحقوق " .

لما كان ذلك ، وكانت الأسباب سالفة البيان ، وحاصلها مجرد

الرغبة فى تعديل قوانين الأحوال للشخصية بعد أن طال الأمد على

العمل بها رغم ما استجند من تغييرات فى نواحى المجتمع وإن جاز

أن تسندرج فى مجال البواعث والأهداف التى تدعو سلطة التشريع

الأصلية إلى سن قواعد قانونية جديدة أو استكمال ما يشوب التشريعات القائمة من قصور تحقيقا لإصلاح مرتجى إلا أنه لا يتحقق به الضوابط المقررة فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من الدستور ، ذلك أن تلك الأسباب - نقيده أنه لم يطرأ - خلال غيبة مجلس الشعب - ظرف معين يمكن أن تتوافر معه تلك الحالة التى تحل بها رخصة التشريع الاستثنائية التى خولها الدستور لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة ١٤٧ المشار إليها ومن ثم فإن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - إذ صدر استنادا إلى هذه المادة ، وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها ، يكون مشوبا بمخالفة الدستور " .

(القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية "ستورية" جلسة ١٩٨٥/٥/٤)
٢- (أ) - " إن الدساتير المصرية المتعاقبة بدءا من دستور سنة ١٩٢٣ وانتهاء بالدستور القائم تفصح جميعها عن اعتناقها لنظرية الضرورة وتضمنها أحكامها فى صلبها تمكينا للسلطة التنفيذية فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها من مواجهة أوضاع قاهرة أو ملحة تطرأ خلال هذه الفترة الزمنية وتلجئها إلى الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير فى شأنها . ومن ثم يكون تدخلها بهذه التدابير وتطبيقها لها ، مبررا بحالة الضرورة ومستندا إليها ، وبالقدر الذى يكون متناسبا مع متطلباتها، وبوصفها تدابير من طبيعة استثنائية " .

(طعن رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية "ستورية" جلسة ١٩٩٢/٤/١٨)

(ب) - " إن سن القوانين هو مما تختص به السلطة التشريعية
تباشره وفقا للدستور فى إطار وظيفتها الأصلية ، ولئن كان الأصل
أن تتولى السلطة التشريعية بنفسها مباشرة هذه الوظيفة التى أسندها
الدستور لها ، وأقامها عليها ، إلا أن الدساتير المصرية جميعها ،
كان عليها أن توازن ما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية
وال تنفيذية من تولى كل منهما لوظائفهما فى المجال المحدد لها أصلا ،
بضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام فى ربوعها
إزاء ما قد تواجهه - فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو
حال غيابها - من مخاطر تلوح نذرها أو تشخص الأضرار التى
تواكبها ، يستوى فى ذلك أن تكون هذه المخاطر من طبيعة مادية
أو أن يكون قيامها مستندا إلى ضرورة تدخل الدولة بتنظيم تشريعى
يكون لازما لمواجهة التزاماتها الدولية الحالية ، ولقد كان النهج الذى
التزمته هذه الدساتير على اختلافها وعلى ضوء موجبات هذه
الموازنة - هو تخويلها السلطة التنفيذية الاختصاص باتخاذ التدابير
العاجلة اللازمة لمواجهة أوضاع استثنائية سواء بالنظر إلى طبيعتها
أو مداها . وذلك فى حالة الضرورة التى اعتبر الدستور قيامها من
الشرائط التى تطلبها لمزاولة هذا الاختصاص الاستثنائى ، ذلك أن
الاختصاص المخول للسلطة التنفيذية فى هذا النطاق لا يحدو أن
يكون استثناء من أصل قيام السلطة التشريعية على مهمتها الأصلية

فى المجال التشريعى . إذا كان ذلك ، وكانت التدابير العاجلة التى تتخذها السلطة التنفيذية لمواجهة حالة الضرورة نابعة من متطلباتها، فإن انفكاكها عنها يوقعها فى حرمة المخالفة الدستورية ، ذلك أن توافر حالة الضرورة - بضوابطها الموضوعية التى لا تستقل السلطة التنفيذية بتقديرها - هى علة اختصاصها بمواجهة الأوضاع الطارئة والضاغطة بتلك التدابير العاجلة ، بل هى مناط مباشرتها لهذا الاختصاص ، وإليها تمتد الرقابة الدستورية التى تبشرها المحكمة الدستورية العليا للتحقق من قيامها فى الحدود التى رسمها الدستور ، ولضمان ألا تتحول هذه الرخصة التشريعية - وهى من طبيعة استثنائية - إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها ، ولا عاصم من جموحها وانحرافها .

(طعن رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية دستورية" جلسة ١٨/٤/١٩٩٢)
(ج) - " النعى بانتفاء حالة الضرورة التى تسوغ إصدار القرار بقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ فى شأن مكافحة للدعارة فى الجمهورية العربية المتحدة مردود بأن البين من الاطلاع على المذكرة الإيضاحية لذلك التشريع ، أن رئيس الجمهورية أصدر القرار رقم ٨٨٤ بتاريخ ١١ مايو سنة ١٩٥٩ مقررًا بمقتضاه انضمام الجمهورية العربية المتحدة إلى الاتفاقية الدولية لمكافحة الاتجار فى الأشخاص واستغلال دعارة الغير الموقعة فى ليك سكس بتاريخ ٢١ مارس سنة ١٩٥٠ ، وكانت المادة الأولى منها

تقرر موافقة الدول أطرافها على معاقبة أى شخص يقوم بقصد إشباع شهوة الغير بحمل شخص آخر أو ترغيبه أو تقديمه لأغراض الدعارة أو استغلال دعارته ولو كان ذلك بموافقته. كما تلزم الاتفاقية الدول أطرافها بالعمل على معاقبة كل من يفتح بيتا للدعارة أو يديره أو يقوم بتمويله مع علمه بذلك . وكذلك كل من يؤجر بناء أو مكانا أو جزءا من بناء أو مكان يستأجره بقصد دعارة الغير إلى غير ذلك من الأعمال التى تعتبر شروعا فى ارتكاب أى جريمة مما تقدم أو تعد من الأفعال التحضيرية لها .

لما كان ذلك ، وكان انضمام الجمهورية العربية المتحدة إلى تلك الاتفاقية يجعلها طرفا فيها ويلزمها بالعمل على تنفيذ أحكامها ومن بينها إلغاء الدعارة فى كل صورها باعتبار أن الدعارة وما يتبعها من شر الاتجار فى الأشخاص بقصد إشباع شهوات الغير تنالض كرامة الإنسان ، وتعرض للخطر مدالح للفرد والأسرة والجماعة ، وهو ما واجهته الاتفاقية بذهابها إلى حد إلزام الدول أطرافها بأن تعمل على اتخاذ التدابير التى من شأنها منع البغاء وضمان تأهيل ضحاياهم وإصلاحهم اجتماعيا عن طريق الخدمات الاجتماعية والصحية والاقتصادية والتعليمية وغيرها من الخدمات المتصلة بها ، وكذلك اتخاذ التدابير اللازمة لتنظيم دعاية مناسبة لتحذير الجمهور من مخاطر الاتجار بالأشخاص فى مجال الدعارة، فضلا عن إبلاغ الأمين العام للأمم المتحدة بالقوانين واللوائح

المعمول بها لديها فى شأن المسائل التى تنظمها الاتفاقية، وكذلك نصوص القوانين واللوائح الجديدة وكافة التدابير التى تتخذ لتنفيذ أحكامها .

إذ كان ذلك ، وكان البغاء - عند انضمام للجمهورية العربية المتحدة إلى الاتفاقية السالف بيانها- محظورا فى إقليمها الجنوبى ومنظما فى إقليمها الشمالى ، وكان إنفاذ أحكام تلك الاتفاقية يقتضى تطبيقها على إقليمها لفرض العقوبة الملائمة على الصور المختلفة للـبغاء سواء فى ذلك ما تعلق منها بالتحريض على البغاء أو المساعدة عليه أو استغلاله أو احترافه أو غير ذلك من أشكاله ، فقد أصدر رئيس الجمهورية العربية المتحدة القرار بقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ مؤكداً بالأحكام التى تضمنها ما يقتضيه النزول على الاتفاقية الدولية المشار إليها من اتخاذ للتدابير التشريعية العاجلة التى تكفل إلغاء البغاء ومكافحته فى إقليمى الجمهورية ، وأية ذلك أن هذه الاتفاقية وإن كان لها قوة القانون عملاً بنص المادة ٥٦ من الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة الصادر سنة ١٩٥٨ ، والمادة ١٥١ من الدستور القائم ، إلا أن أحكامها تحول إلى القوانين والنظم فى الدول أطرافها وتتطلب إقرار ما يكون لازماً منها لتفصيل الأحكام التى أجمعتها الاتفاقية بمراعاة أغراضها كى تحدد على ضوئها جرائم الفجور والادعارة فى أشكالها المختلفة ، وتقرر كذلك عقوباتها ، إلى غير ذلك من التدابير الاجتماعية والتعليمية

والصحية التى تتصل بمكافحة البغاء فى صورته المتعددة وتأهيل ضحاياه ، بما لايجوز معه القول بانتفاء حالة الضرورة التى تسوغ إصدار رئيس الجمهورية للقرار بقانون المطعون عليه ، الأمر الذى يعتبر معه هذا الوجه من النعى على غير أساس " .

(القضية رقم ١٢ لسنة ١١ قضائية "دستورية" جلسة ١٨/٤/١٩٩٢)
٢٧- رقابة المحكمة الدستورية على دستورية القوانين واللوائح:

تنص المادة ١٧٥ من الدستور على أن : تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين فى القانون .

وبعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التى تتبع أمامها " .

وتنص المادة ١٧٨ على أن : " تنشر فى الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا فى الدعاوى الدستورية ، والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية، وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار " .

ولما صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا نص فى المادة ٢٩ منه على أن :

" تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين
واللوائح على الوجه التالي :

(أ) إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص
القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو
لائحة لازم للفصل فى النزاع ، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق
بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة
الدستورية .

(ب) إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم
أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص فى قانون
أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى أجلت نظر
الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لايجاوز ثلاثة أشهر لرفع
الدعوى بذلك أمام المحاكم الدستورية العليا ، فإذا لم ترفع الدعوى
فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن " .

فهذه المادة رسمت للتصدى لعدم الدستورية طريقين هما :

الطريق الأول :

أن يتراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص
القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو
لائحة لازم للفصل فى النزاع ، فإنها توقف الدعوى وتحيل الأوراق
بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة
الدستورية .

ويتطلب هذا الطريق ما يأتى :

١- أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى .

ويعتبر أن تكون الدعوى مرفوعة أمام جهة القضاء العادى أو أمام جهة القضاء الإدارى أيا كانت درجة المحكمة التى تنظر الدعوى، فيستوى أن تكون المحكمة جزئية أو ابتدائية أو محكمة استئناف أو محكمة النقض . ولا يقتصر الأمر على الدعاوى المنظورة أمام المحاكم ، بل تشمل تلك المرفوعة أمام الهيئات ذات الاختصاص القضائى ، كاللجنة القضائية للإصلاح الزراعى، ولجان الفصل فى منازعات التعويض وفى الجرائم الخاصة بقانون الرى والصرف .

٢- أن يتراءى للمحكمة أو للهيئة ذات الاختصاص القضائى حال نظر الدعوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع .

فالأمر قاصر على نص فى قانون أو لائحة، ولكنه لا يمتد إلى وجود نص غير دستورى فى قرار إدارى فردى ، أو لائحة صادرة من جهة غير إدارية .

وفي هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

(أ) - " وحيث إن الاختصاص المنفرد والمعهود به إلى المحكمة الدستورية العليا في مجال الرقابة على دستورية القوانين - وفقا لقانونها - يتحدد حصرا بالرقابة على دستورية القوانين بمعناها الموضوعي ، أى النصوص القانونية التى تتولد عنها مراكز عامة مجردة ، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التى سنتها السلطة التشريعية أو تلك التى تضمنتها التشريعات الفرعية التى تصدرها السلطة التنفيذية فى حدود صلاحياتها التى ناطها الدستور بها ، وأن تتحسر - وبالتالي - عما سواها " .

(القضية رقم ١٤٣ لسنة ٢٥ قضائية دستورية- جلسة ٢٠٠٤/٤/٤)

(ب) - " وحيث إنه يبين من النصين المتقدمين أن قرار مجلس جامعة الأزهر الذى يقتصر على تحديد أعداد المقبولين بالكليات المختلفة بجامعة الأزهر (سواء صدر من مجلس الجامعة أو من رئيس الجامعة بالتفويض) لا يعدو أن يكون قرارا تنفيذيا يصدر على هدى عناصر وأوضاع تختلف من كلية إلى أخرى، ومن عام إلى آخر، يتعلق بعضها بإمكانيات كل كلية والميزانية المعتمدة لها وظروف الدراسة بها ، ولا يتضمن بالتالى أية شروط أو قواعد تنظيمية عامة تسبغ عليه وصف للقرار اللاحق (التشريع الفرعى) الذى تختص هذه المحكمة بالرقابة على دستوريته .

وحيث إنه ترتباً على ما سلف فإن قرار السيد الدكتور رئيس جامعة الأزهر محل الطعن المائل يخرج عن مجال رقابة الدستورية التي تستهض ولاية هذه المحكمة للفصل فيها بما يتعين معه الحكم بعدم الاختصاص .

(القبضية رقم ٢٤ لسنة ٢٤ قضائية دستورية" جلسة ٢٠٠٤/٤/٤)
(ج) - " وحيث إن الاختصاص المنفرد والمعهود به إلى المحكمة الدستورية العليا في مجال للرقابة على دستورية القوانين - وفقاً لقانونها - يتحدد حصراً بالرقابة على دستورية القوانين بمعناها الموضوعي ، أى النصوص القانونية التي تتولد عنها مراكز عامة مجردة ، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التي سنتها السلطة التشريعية أو تلك التي تضمنتها التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود صلاحيتها التي ناطها الدستور بها وأن تنحصر - بالتالي - عما سواها .

وحيث إن المادة الأولى من قانون إصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ ، تقضى بأنه يقصد بقطاع الأعمال العام ، الشركات القابضة والشركات التابعة لها الخاضعة لأحكام هذا القانون ، وتتخذ هذه الشركات بنوعيتها شكل الشركات المساهمة ، ويسرى عليها - فيما لم يرد بشأنه نص خاص في ذلك القانون ، وبما لا يتعارض مع

أحكامه- نصوص قانون شركات المساهمة وشركات التوصية
بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة الصادر بالقانون رقم
١٥٩ لسنة ١٩٨١ ، ولاتسرى أحكام قانون هيئات القطاع العام
وشركاته الصادر بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ على الشركات
المشار إليها ، وعملا بنص المادة الثانية من قانون الإصدار تحل
الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام الخاضعة لأحكام
القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ ، كما تحل الشركات التابعة محل
الشركات التى تشرف عليها هذه الهيئات ، وذلك اعتبارا من تاريخ
العمل بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ ، ودون حاجة إلى أى إجراء
آخر ، وبمقتضى نص المادة الأولى من قانون شركات قطاع
الأعمال العام تعتبر الشركات القابضة من أشخاص القانون الخاص
وتتخذ الشركة القابضة - وفقا للفقرة الثالثة من المادة (١٦) من هذا
القانون - شكل الشركات المساهمة، وتثبت لها الشخصية الاعتبارية
من تاريخ قيدها بالسجل التجارى .

وحيث إنه من المقرر فى قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن
كل لائحة يتحدد بكييفها القانونى بمجال سريانها ، فكلما كان هذا
المجال متصلا بنطاق القانون الخاص لتصرفت الصفة الإدارية
عنها، ولو كانت الجهة التى أصدرتها من أشخاص القانون العام ،
فلا تعتبر تشريعا بالمعنى الموضوعى مما تمتد إليه الرقابة
القضائية التى تباشرها هذه المحكمة فى شأن الشرعية الدستورية.

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكانت الشركة العامة للأعمال الهندسية تعتبر شركة مساهمة تتولى العمل فى نطاق أغراضها ، وعلى ضوء الوسائل التى تنتهجها فى إدارة شئونها وفقاً لقواعد القانون الخاص التى تحكم علاقتها بالعاملين فيها وبالغير ، وكان النص الطعين قد ورد بلاحقة نظام العاملين بالشركة للمنكورة ، فإن إصدارها بقرار من وزير قطاع الأعمال العام لا يغير من طبيعتها ، ولا يدخلها فى دائرة التشريع الموضوعى الذى تختص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة الدستورية عليها ، مما يتعين معه القضاء بعدم اختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوى الماثلة .

(طعن رقم ٢٣٤ لسنة ٢٤ قضائية دستورية جلسة ٦ يونية سنة ٢٠٠٤)

(د) - " وحيث إن الدستور قد عهد - بنص المادة (١٧٥) - إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بتولى الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه المبين فى القانون، وبناء على هذا التفويض أصدر المشرع قانون هذه المحكمة مبيناً اختصاصاتها . محدداً ما يدخل فى ولايتها حصراً ، مستبعداً من مهامها ما لا يندرج تحتها، فحولها اختصاصاً منفرداً بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، مانعاً أى جهة من مزاحمتها فيه مفصلاً طرائق هذه الرقابة وكيفيةها ، وذلك ضماناً منه لمركزية الرقابة على المشروعية الدستورية ، وتأميناً لاتساق ضوابطها

وتتأغم معاييرها ، وصولاً من بعد إلى بناء الوحدة العضوية لأحكام الدستور ، بما يكفل تكاملها وتجانسها ، مؤكداً أن اختصاص هذه المحكمة - فى مجال مباشرتها الرقابة القضائية على دستورية التشريع - ينحصر فى النصوص التشريعية أياً كان موضعها أو نطاق تطبيقها أو الجهة التى أقرتها أو أصدرتها . فلا تنبسط ولايتها فى شأن الرقابة القضائية على دستورية التشريع ، إلا على القانون بمعناه الموضوعى باعتباره منصرفاً إلى النصوص للقانونية التى تتولد عنها مراكز عامة مجردة ، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التى أقرتها السلطة التشريعية ، أم تضمنتها التشريعات الفرعية التى تصدرها السلطة التنفيذية فى حدود صلاحيتها التى ناطها للدستور بها ، وأن تنقبض تلك الرقابة - بالتالى - عما سواها .

وحيث إن قانون صناديق التأمين الخاصة بالقانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٥ ، يقضى فى المادة (١) منه بأنه يقصد بصندوق التأمين الخاص كل نظام فى أى جمعية أو نقابة أو هيئة من أفراد تربطهم مهنة أو عمل واحد ، أو أية صلة اجتماعية أخرى ، تتألف بغير رأس المال ، ويكون الغرض منها وفقاً لنظامه الأساسى أن تؤدى إلى أعضائه أو المستفيدين منه تعويضات أو مزايا مالية ، أو مرتبات دورية أو معاشات محددة فى حالات بعينها . وقد أخضع القانون تلك الصناديق لإشراف ورقابة المؤسسة المصرية العامة للتأمين -

التي حلت محلها الهيئة المصرية العامة للتأمين ثم الهيئة المصرية للرقابة على التأمين - وأوجب تسجيلها بمجرد إنشائها وفقاً للقواعد أو الإجراءات التي رسمها ، وكذا اعتماد وتسجيل أى تعديل يطرأ على نظامها ، وترك أمر تصريح شئونها وإدارة أموالها لجمعيةها العمومية ومجلس إدارتها وفقاً لنظامها الأساسي ، وإعمالاً لذلك صدر قرار الهيئة المصرية للرقابة على التأمين رقم ٢١٥ لسنة ١٩٨٣ بتسجيل صندوق التأمين الخاص بالعاملين بمصر للطيران من غير أفراد أطقم القيادة (طيارون / مهندسون جويون وأفراد الضيافة الجوية) . لما كان ذلك ، وكان النظام الأساسي لهذا الصندوق الذى يتضمن الفقرة (أ) من المادة (٣) المطعون فيها لا يعدو أن يكون تنظيمياً اتفاقياً خاصاً بين أعضائه بقصد تحقيق الرعاية لهم ولأسرهم صحياً واجتماعياً - دون أن يغير من ذلك صدور قرار من الهيئة المصرية للرقابة على التأمين بتسجيل الصندوق المشار إليه ، بحسبان أن هذا الإجراء لا يستهدف سوى إخضاع أعمال الصندوق لرقابة الهيئة المشار إليها بغير مساس بالطبيعة الخاصة له - ومن ثم فإن النظام الأساسي المذكور لا يعد من التشريعات التي تختص هذه المحكمة بإعمال رقابتها الدستورية عليها ، الأمر الذى يتعين معه القضاء بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى الماثلة .

(طعن رقم ١٧٨ لسنة ٢٥ قضائية "دستوية" جلسة ٦ يونية

سنة ٢٠٠٤)

٣- يجب أن يكون هذا النص لازماً للفصل فى الدعوى، فإذا كان يمكن الفصل فى الدعوى دون تطبيق هذا النص فلا يجوز للمحكمة أن توقف الدعوى .

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٤ أبريل سنة ٢٠٠٤ فى القضية رقم ٢٧٨ لسنة ٢٤ قضائية "دستورية" بأن :

" حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليها الخامسة كانت قد أقامت الدعوى رقم ٣ لسنة ٢٠٠٢ ضد المدعى أمام محكمة القنطرة غرب الجزئية للأحوال الشخصية ، بطلب الحكم بفرض نفقة مؤقتة لها ولولدها منه ، وبفرض وتقرير نفقة زوجية لها بأنواعها الثلاثة وبدل فرش وغطاء من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليها منذ بداية شهر يناير سنة ٢٠٠١ وبفرض وتقرير نفقة بأنواعها الثلاثة وبدل وفرش وغطاء وأجر خادم ولولدها منه من تاريخ امتناعه سالف الذكر . وقالت بباذا لدعواها أنها تزوجت من المدعى بصحيح العقد الشرعى المؤرخ ١٩٩٥/٥/١١ ، ورزقت منه بولدهما الذى يبلغ من العمر ست سنوات ، ومازلت فى عصمته وطاعته ، إلا أنه تركها منذ شهر يناير سنة ٢٠٠١ ، بلا نفقة دون مبرر شرعى رغم قدرته ويساره . حكمت المحكمة بجلسة ٢٠٠٢/٦/٢٩ بإلزام المدعى بأن يؤدى لزوجته مبلغ (٢٥٠) جنيهاً نفقة بأنواعها

المطلوبة ، وبفرض مبلغ (١٢٠) جنيهاً لابنها منه بأنواعها شهرياً اعتباراً من ٢٠٠١/١/١ . استأنف المدعى هذا الحكم بالاستئناف رقم ٤٥٦ لسنة ٢٠٠٢ أمام محكمة الإسماعيلية الابتدائية للأحوال الشخصية ، كما استأنفته المدعى عليها الخامسة بالاستئناف رقم ٥٠١ لسنة ٢٠٠٢ لدى ذات المحكمة ، وأثناء تداول الاستئناف دفع المدعى بعدم دستورية نص للفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ، وإذ قدرت المحكمة جدية هذا الدفع وصرحت له بإقامة الدعوى الدستورية، فقد لُحِقَ دعواه الماثلة .

وحيث إن الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ المشار ذكره تنص على أنه : " تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها ، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة " .

وحيث إن المدعى ينعى على النص الطعين مخالفته للشريعة الإسلامية ، لما تضمنه من التقيد بمذهب معين دون بقية المذاهب ، الأمر الذى يؤدى إلى إغلاق باب الاجتهاد ، بالرغم من وجوبه على أهل كل زمان .

وحيث إنه يبين مما تقدم أن مقصد المدعى من دعواه هو الطعن على ما ورد بالنص المذكور من أنه : " ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة " . لما كان ذلك ، وكان من المقرر أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة ، يتغيا أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية ، وليس من معطياتها النظرية أو تصوراتها المجردة ، ومن ثم فإن شرط المصلحة يحدد لتلك الخصومة نطاقها ، فلا تندرج تحته إلا النصوص التشريعية التي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها بصفة مباشرة على النزاع الموضوعي دون ما سواها .

وحيث إن الدعوى الموضوعية المرددة أمام المحكمة الاستئنافية تدور حول منازعة المدعى في التزامه بأداء نفقة زوجته وابنه فيما يجاوز السنة الهجرية ، وفي تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهما ، ثم مطالبته بتخفيض مقدار النفقة المحددة بقضاء محكمة الدرجة الأولى . متى كان ما تقدم ، وكانت المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية تنص على أنه : " تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت

نفسها إليه ولو حكماً وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقضى به الشرع ... وتعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ... ولا تسمع النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى ... " وتنص المادة (١٦) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه : " تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً وعسراً على ألا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذى يفي بحاجتها الضرورية ... " كما تنص المادة (١٨ مكرراً ثانياً) من ذات المرسوم والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أنف البيان على أنه : " إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه . وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفى نفقتها وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب المناسب ، فإن أتمها عاجزاً عن الكسب لأفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه . ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم .

وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم " .

وحيث إنه يبين مما تقدم أن المشرع سن في المواد المار ذكرها قواعد تفصيلية محددة على سبيل الحصر ، هي الواجبة التطبيق على ما يتعلق بنفقة الزوجة والأبناء في كافة جوانبها ، وبما لا يستلزم الرجوع إلى الأرجح في مذهب الإمام أبي حنيفة ، وبذلك يكون النص الطعين منبت الصلة بالنزاع الموضوعي ، ومن ثم فإن قضاء هذه المحكمة في شأن دستوريته لن يكون ذا أثر على ذلك النزاع ، وتكون الدعوى الدستورية قد أقيمت مفتقدة شرط المصلحة الشخصية المباشرة ، مما يتعين معه القضاء بعدم قبولها .

٤- توقف المحكمة الدعوى في هذه الحالة دون طلب من أحد الخصوم ، وعليها أن تحيل الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية .

٥- يجب أن يتضمن الحكم الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة ، وإلا ترتب على مخالفة ذلك قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم قبول الدعوى .

٦- الحكم الصادر بوقف الدعوى قطعي يقبل الطعن فيه طبقاً للقواعد العامة .

الطريق الثاني :

أن يدفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة .

ويستوى أن يكون مبدى الدفع هو المدعى أو المدعى عليه أو الطاعن أو المطعون ضده ، أو أحد المتدخلين فى الدعوى . وهذا الدفع يجوز قبوله فى أية حالة كانت عليها الدعوى .

ويجب على المحكمة أن تقدر جدية هذا الدفع فإذا رأت أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن آثار الدفع ميعادا لاجلوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ، فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن .

ولكن لا يترتب على ذلك اعتبار النص القانونى - الذى أريد الطعن عليه بعدم الدستورية - دستوريا لزوما ، وإنما يجوز أثناء نظر الدعوى أن يبدى ذات الدفع من خصم آخر .

وإذا رأت المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى حال نظر الدعوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى الدعوى ، وفى ذات الوقت دفع أحد الخصوم فى الدعوى هو الآخر بعدم الدستورية ، فإن المحكمة تكون بالخيار بين وقف

الدعوى وإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية وبين تأجيل نظرها مع تحديد ميعاد للخصم الذى أبدى دفعا بعدم الدستورية^(١).

وقضت المحكمة الإدارية العليا فى ذلك بأن :

" المادة ٢٩ (أ)، (ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا - للمحكمة إذا تراءى لها أثناء نظر الدعوى أن نص قانون أو لائحة لازماً للفصل فيها " غير دستورى " وكان أحد الخصوم فى الدعوى قد دفع بعدم الدستورية - للمحكمة خيار بين أن توقف الدعوى وتحيل أوراقها إلى المحكمة الدستورية متى تراءى لها هى ذاتها عدم دستورية النص اللازم للفصل فى الدعوى أو أن تؤجل نظر الدعوى وتحدد ميعادا لايجاوز ثلاثة أشهر لمن أبدى هذا الدفع لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا " .

(طعن رقم ٢٧٤٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٤)

٢٨- حق المحكمة الدستورية العليا فى جميع الحالات فى القضاء بعدم دستورية أى نص فى قانون أو لائحة :

تنص المادة ٢٧ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا على أن :

(١) المستشار شفيق إمام تشريعات الضرورة فى غياب البرلمان دراسة مقارنة مايو ١٩٩٥ ص ١٩٢ .

" يجوز للمحكمة فى جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أى نص فى قانون أو فى لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية " .

فيؤخذ من هذا النص أن من حق المحكمة الدستورية العليا أن تتعرض من تلقاء نفسها للنظر فى دستورية أى نص فى قانون أو لائحة دون حاجة إلى إحالة من محكمة الموضوع أو إقامة دعوى من نوى الشأن بناء على قرار المحكمة ولكن يشترط لإعمال هذا الحق توافر الشروط الآتية :

١- أن يكون نص القانون أو اللائحة قد عرض للمحكمة الدستورية العليا بمناسبة ممارسة اختصاصاتها .

وبناء على ذلك ، فقد يعرض على المحكمة الدستورية العليا أمر الفصل فى تنازع الاختصاص بتعيين الجبهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى (وذلك إذا ما رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخل إحداها عنها م ٢٥ / ثانيا) . فإذا وجدت المحكمة الدستورية العليا بمناسبة هذا الاختصاص أن النص القانونى أو اللائحى غير دستورى ، فعليها أن تتعرض له من تلقاء نفسها دون حاجة إلى أن يطلب الخصوم منها ذلك .

وقد يعرض على المحكمة الدستورية العليا الفصل فى نزاع يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين (صادر أحدهما عن أى جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائى والآخر من جهة أخرى منها (م ٢٥/ ثانياً) ، فإذا تبين للمحكمة بمناسبة ممارسة هذا الاختصاص عدم دستورية النص القانونى أو اللاتحى فلها أن تقضى بذلك .

وقد تقوم المحكمة الدستورية العليا بتفسير نص قانونى (طبقاً لاختصاصها الوارد بالمادة ٢٦ من القانون) ثم يتبين لها أن هذا النص غير دستورى ، فعليها بدلاً من إجراء التفسير أن تقضى بعدم دستوريته ، فليس من المعقول أو المقبول أن تتولى تفسير نص تبين لها أنه غير دستورى .

٢- أن يكون نص القانون أو اللائحة الذى عرض للمحكمة الدستورية العليا يتصل بالنزاع المطروح عليها ، ومعنى ذلك أن هناك حدالرقابة القضائية للمحكمة على دستورية القوانين واللوائح، فهى لاتتصل بموضوع الدستورية إلا فى حالة الإحالة أو الدفع أو حالة النص الذى عرض عليها بمناسبة ممارسة اختصاصها وكان متصلاً بالنزاع المطروح أمامها ، أى أن المحكمة لاتقوم بمهمة المراجعة الدستورية لكافة النصوص .

٣- أن المحكمة لاتقضى فى موضوع دستورية النص الذى عرض لها إلا بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى

الدستورية وهى الإجراءات المنصوص عليها فى المواد ٣٩ ، ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ من قانون المحكمة .

٢٩- الدفع بعدم الدستورية لا يتعلق بالنظام العام :

الدفع بعدم دستورية القوانين واللوائح مما لا يتعلق بالنظام العام، وينبنى على ذلك أنه لايجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض بل يجب طرحه على محكمة الموضوع .

وهذا لايمنع من أن تتصدى محكمة النقض من تلقاء نفسها- كما ذكرنا سلفا - لعدم دستورية النص عملا بالفقرة الأولى (أ) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الدفع بعدم دستورية القوانين غير متعلق بالنظام العام ولايجوز للمحكمة أن تعرض له من تلقاء نفسها ، وكان يبين من الأوراق أن الطاعن لم يثر هذا الدفع أمام محكمة الموضوع فإنه لايجوز إثارته أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٦٤٤ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٦)

٢- " الدفع بعدم دستورية القوانين - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - غير متعلق بالنظام العام ومن ثم لايجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض الخ " .

(طعن رقم ٢٣٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨١/١٢/١٩)

**أثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم
دستورية نص في تشريع أو لائحة :**
**٣٠- أولاً : قبل تعديل المادة ٤٩ من قانون المحكمة
الدستورية العليا بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ :**

تنص المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار
قانون المحكمة الدستورية العليا - قبل تعديلها بالقانون رقم ١٦٨
لسنة ١٩٩٨ - على أن :

" أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير
ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة .

ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم
جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم .

فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر
الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن.
ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور
النطق به لإجراء مقتضاه " .

**وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون عن النص
المذكور :**

" وتناول القانون أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو
لائحة فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم
وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء

على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس فى المستقبل فحسب وإنما بالنسبة للوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة تقادم .

أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائى فإن جميع الأحكام التى صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن حتى ولو كانت أحكاما باتة " .

وواضح أن المادة ٤٩ أعملت الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية إلى حد إسقاطها حجية الأمر المقضى لتعلقها بالإدانة فى أمور تمس الحريات الشخصية^(١) .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

١- " الأصل فى الأحكام القضائية ، أنها كاشفة وليست منشئة، إذ هى لا تستحدث جديدا ولا تنشئ مراكز أو أوضاعا لم تكن موجودة من قبل ، بل هى تكشف عن حكم الدستور أو القانون فى المنازعات المطروحة على القضاء وترده إلى مفهومه الصحيح الذى يلزمه منذ صدوره الأمر الذى يستتبع أن يكون للحكم بعدم

(١) الدكتور عبد الغنى بسيونى للنظم السياسية والقانون الدستورى سنة

الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة ، بيانا لوجه الصواب في دستورية النص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره ، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقا للدستور وفي حدوده المقررة شكلا وموضوعا ، فتأكد للنص شرعيته الدستورية ويستمر نفاذه، أم أنه صدر متعارضا مع الدستور فينسلخ عنه وصفه وتتعدم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره . فضلا عن ذلك فإن المشرع حين أجاز في قانون المحكمة الدستورية العليا إثارة المسألة الدستورية أثناء نظر إحدى الدعاوى أمام أى من جهات القضاء، إما من تلقاء نفسها أو بطريق الدفع من أحد الخصوم ، وأوجب على الجهة القضائية - عند الشك في عدم الدستورية - وقف الدعوى أو تأجيلها انتظارا لحكم المحكمة الدستورية العليا بالفصل في المسألة المثارة إنما كان يبغي بذلك تحقيق فائدة للخصم في المنازعات الموضوعية التى أثير فيها الدفع الدستوري فيما لو قضى بعدم الدستورية وهى منازعات تنور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية، فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي ، لأصبح لزاما على قاضى الموضوع- الذى أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك في عدم دستوريته - أن يطبق ذات القانون بعد القضاء بعدم دستوريته ما يأباه المنطق القانوني السليم ويتنافى مع الغرض المرتجى من الدفع بعدم الدستورية ولا يحقق لمبدى الدفع أية فائدة عملية ، مما يجعل الحق فى التقاضى- وهو

من الحقوق العامة التى كفلها الدستور فى المادة (٦٨) منه للناس كافة - بالنسبة للمسألة الدستورية غير مجد ومجردا من مضمونه، الأمر الذى ينبغى تنزيه المشرع عن قصد التردى فيه . وبالإضافة إلى ذلك فإن النص فى المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا على عدم جواز تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته من اليوم التالى لنشر الحكم بعدم الدستورية ، هو خطاب تشريعى موجه لجميع سلطات الدولة ولكافة للعمل بمقتضاه ، ولما كان قاضى الموضوع هو من بين المخاطبين بهذا النص التشريعى فإنه يكون متعينا عليه عملا بهذا النص ألا ينزل حكم القانون المقضى بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليه من قبل ، وذلك يؤكد قصد المشرع فى تقرير الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية ويؤيد انسحابه على ما سبقه من علاقات وأوضاع نشأت فى ظل القانون الذى قضى بعدم دستوريته . وقد أعملت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية إلى حد إسقاط حجية الأمر المقضى لتعلقها بالإدانة فى أمور تمس الحريات الشخصية. أما فى المسائل الأخرى- غير الجنائية - فيسرى عليها كذلك الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية ، ما لم يكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه أساس قانونى آخر ترتكن إليه ويحد من إطلاقه الرجعية عليها، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا

فى تعليقها على نص المادة (٤٩) منه ، حيث جاء بها أن القانون تناول أثر الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم ، وهو نص ورد فى بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس فى المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص ، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة تقادم ، أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائى فإن جميع الأحكام التى صدرت بإدانة استنادا إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن ولو كانت أحكاما باتة .

(القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية" جلسة ١٩/٥/١٩٩١)
وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا - أخيرا- على أن الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا تسرى بأثر رجعى على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص ، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى ، الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم بات .

(القضية رقم ٧ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٤/١١/٢٠٠٢)
وهذا ما يخالف ما ذهب إليه الحكم السابق وأحكام أخرى كثيرة من أن الاستثناء من الأثر الرجعى يشمل الحقوق والمراكز

التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم بات ، أو بانقضاء مدة تقادم .

ولعل قصر الاستثناء على الحكم البات فقط يعزى إلى أن التقادم ليس من النظام العام ، فإذا تم التمسك به فإنه يجب أن يصدر به حكم بات أيضا .

٢١- ثانيا: بعد تعديل المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ :

صدر القانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل بعض أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا (الجريدة الرسمية العدد ٤٨ مكرر(ب) فى ١٢ يولية سنة ١٩٩٨) وعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره (م٢) . ونصت مادته الأولى على أن يستبدل بنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ النص التالى :

" ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو فى لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر ، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبى لا يكون له فى جميع الأحوال إلا أثر مباشر ، وذلك دون إخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص".

وواضع من هذا التعديل أنه أبقى على صدر الفقرة الثالثة من المادة الذى تجرى على أن :

" ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم " ، وهو النص الذى جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا فى ظله على وجود الأثر الرجعى للأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، ومن ثم يظل الأصل بعد التعديل أيضا أن يكون لهذه الأحكام أثر رجعى ، وإنما يرد على هذا الأصل استثناءان هما :

الأول : أنه يجوز للمحكمة أن تحدد تاريخا آخر لسريان الحكم، أى تقرر أثرا غير رجعى لحكمها. والثانى : أنه يكون للحكم الصادر بعدم دستورية نص ضريبي أثرا مباشرا دون إخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية النص بأثر رجعى^(١) .

وهذا التعديل يسرى على الأحكام الصادرة بعد العمل به .

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون - بيان السيد المستشار وزير العدل بمجلس الشعب حال عرض القرار بقانون على المجلس - مضبطة الجلسة الثامنة (٥ ديسمبر ١٩٩٨ ص ١٣ وما بعدها - نقض طعن رقم ٥٢٢ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٠/٢٦/١٩٩٨) .

وتطبيقا للتعديل سالف الذكر قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٤ نوفمبر سنة ٢٠٠٢ فى الطعن رقم ٧ لسنة ١٨ قضائية " دستورية " بأن :

" حيث إن مقتضى حكم المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، هو عدم تطبيق النص المقتضى بعدم دستوريته على الوقائع اللاحقة لليوم التالى لتاريخ نشر الحكم الصادر بذلك ، وكذلك على الوقائع السابقة على هذا النشر إلا ما استقر من حقوق ومراكز صدرت بشأنها أحكام حازت قوة الأمر المقضى ، أو إذا حدد الحكم الصادر بعدم الدستورية تاريخاً آخر لسريانه ، لما كان ذلك وكان أعمال الأثر الرجعى للحكم بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وعلى ما انتهت إليه المحكمة فى هذه الأسباب، مؤداه إحداث خللة اجتماعية واقتصادية مفاجئة ، تصيب فئات عريضة من القاطنين بوحداث سكنية تساندوا فى إقامتهم بها إلى حكم هذا النص قبل القضاء بعدم دستوريته ، وهى خللة تنال من الأسرة فى أهم مقومات وجودها المادى ، وهو المأوى الذى يجمعها وتستظل به ، بما تترتب عليه آثار اجتماعية تهز مبدأ التضامن الاجتماعى الذى يقوم عليه المجتمع وفقاً لما نصت عليه المادة السابعة من الدستور ، إذ كان ذلك فإن المحكمة ترى أعمال الرخصة المخولة لها بنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من

قانونها، وتحدد لسريان هذا الحكم تاريخاً آخر هو اليوم التالى لنشره ، بما مؤداه أن جميع العقود التى أبرمت قبل هذا إعمالاً لحكم الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، وتنزل مزلتها الوقائع التى ترتب عليها قيام التزم على المؤجر بتحرير عقود إيجار ، فتعد قائمة حكماً - حيث كان يجب تحريرها - وتظل قائمة ومنتجة لكافة آثارها القانونية وفقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) المشار إليها .

٢٢- الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا :

الأصل فى حجية الأحكام بوجه عام ، أن الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى إلا إذا لتحّد الموضوع والخصوم والسبب فى الدعوى التى سبق الفصل فيها والدعوى المطروحة ، وهو ما يعرف بالحجية النسبية للأحكام والتى لا تقوم إلا بتوافر أركان ثلاثة هى :

١- وحدة الخصوم .

٢- وحدة الموضوع. وحدة السبب (م ١٠١ من قانون الإثبات).

إلا أن القانون يعرف نوعاً آخر من الحجية للأحكام هى الحجية المطلقة أو الحجية العينية وهى التى يكتسبها الحكم الصادر من القضاء الإدارى بإلغاء القرارات الإدارية ، والأحكام الصادرة من المحاكم الدستورية بعدم دستورية قانون أو لائحة .

وبالنسبة للحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية فقد نص الدستور فى المادة ١٧٨ منه على أن ينشر فى الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا فى الدعاوى الدستورية والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية . ثم ترك الدستور تنظيم ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار وقد نصت على هذه الآثار الفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا بقولها : " أحكام المحاكم فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة " .

والأساس الذى تقوم عليه الحجة المطلقة للأحكام الدستورية، أن الخصومة فى الدعوى الدستورية هى خصومة عينية توجه إلى النص المطعون بعدم دستوريته ، فالدعوى الدستورية هى مخاصمة للقانون ذاته ، فإذا اقتصر الاحتجاج بالحكم القاضى بعدم دستورية النص على من كان طرفا فى الخصومة ، وفقا لقاعدة الحجة النسبية للأحكام ، وظل النص غير الدستورى قائما بالنسبة إلى غيرهم فإن ذلك سوف ينطوى على إهدار لمبدأ دستورى هو المساواة أمام القانون^(١).

(١) المستشار شفيق أمام ص ٢٤٢ .

وفي هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

١- " وكان مقتضى أحكام المادتين ٤٨ ، ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة ، باعتباره قولاً فصلاً في المسألة المقضى فيها ، وهى حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد ، ومن ثم فإن الدعوى الراهنة تغدو غير مقبولة " .

(القضية رقم ٤٦ لسنة ٢٣ قضائية " دستورية " جلسة ٢٠٠٤/٤/٤)

٢- " وحيث إن هذه المحكمة سبق أن حسمت المسألة الدستورية المثارة فى هذه الدعوى بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٣/٥/١٥ فى القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية " دستورية " والقاضى برفض تلك الدعوى ، وقد نشر هذا الحكم بالجريدة الرسمية بالعدد رقم (٢٢) تابع (بتاريخ ١٩٩٣/٦/٥ ، وكان مقتضى أحكام المادتين (٤٨ ، ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، أن يكون لقضاء هذه المحكمة فى الدعاوى الدستورية حجية مطلقة فى مواجهة الكافة ، وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة ، باعتباره قولاً فصلاً فى المسألة المقضى فيها ،

وهى حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته ، فإن الدعوى الراهنة تكون غير مقبولة .
(القضية رقم ٨٢ لسنة ٢٢ قضائية "مستورية" جلسة ٢٠٠٤/٤/٤)

٢٢- أثر تلجج التشريع :

يترتب على قاعدة تدرج التشريع المفاضلة بين أنواع التشريع المختلفة عند تطبيقه على واقعة النزاع وتكون هذه المفاضلة كالآتي:

١- الدستور :

الدستور هو القانون الأعلى صاحب الصدارة على غيره من التشريعات ، فإن وجد في الدستور نص في حالة معينة تعين تطبيق هذا النص ، ولو كان بالقانون أو اللائحة نص مخالف وقد رأينا أن كافة التشريعات الأخرى وهي القوانين واللوائح يجب ألا تتضمن ما ينطوى على مخالفة لأحكام الدستور ، وإلا جاز الطعن بعدم دستورية النص الوارد بالقانون أو اللائحة على نحو ما سلف .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الدستور هو القانون الوضعي الرسمي صاحب الصدارة وعلى ما دونه من التشريعات النزول عند أحكامه فإذا ما تعارضت هذه وتلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها ، والتشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق ينص على الإلغاء صراحة أو يدل عليه

ضمنا وإلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه فإذا ما أورد الدستور نصا صالحا بذاته للإعمال بغير حاجة إلى سبق تشريع أدنى لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به ويعتبر الحكم المخالف له في هذه الحالة قد فسخ ضمنا بقوة الدستور نفسه .

(طعن رقم ١٦٣٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٣/٣/١٩٨٠)
وقد نصت المادة ١٩١ من الدستور للقائم على أن : " كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحا ونافذا ، ومع ذلك يجوز إلغؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور " .

وأحكام الدستور تسرى على اللوائح اللاحقة للعمل به ، ولاشأن لها باللوائح السابقة الذي تظل محكومة بالقوانين واللوائح السابقة ما لم يتضمن الدستور النص على الأثر الرجعي .

في هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " ما نصت عليه المادة ١٩١ من الدستور من أن : " كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحا ونافذا ، ومع ذلك يجوز إلغؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور " فحكمه لا ينصرف بداهة إلا

إلى التشريع الذى لم يعتبر ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدستور ذاته،
بغير حاجة إلى تدخل من المشرع " .

(طعن رقم ١٠٩٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/٢/١٥)

٢- القانون :

القانون يلى الدستور فى المرتبة مباشرة .
وعلى ذلك إذا خلا الدستور من نص فى مسألة معينة ، فإنه
يطبق حكم القانون .

وقد رأينا سلفا أنه إذا تضمن القانون نصا يخالف مادة فى
الدستور ، كان القانون غير دستورى . ويجوز الطعن بعدم
دستوريته بإحدى الطريقتين اللذين عرضنا لهما فيما سلف .

٣- اللائحة :

اللائحة هى أدنى مراتب التشريع وتلى القانون مباشرة . وقد
ذكرنا سلفا أنه لايجوز أن تتضمن اللائحة ما يخالف نصا فى
القانون، وإلا كانت اللائحة غير شرعية . ويتعين على المحاكم
بكافة درجاتها الامتناع عن تطبيق النص المخالف .

أما إذا خالفت اللائحة نصا فى الدستور فإن سبيل إهدار هذا
النص يكون بالطعن بعدم دستوريته أمام المحكمة الدستورية العليا
بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا .

٣٤- القواعد القانونية الأمرة والقواعد المقررة :

تتقسم القواعد القانونية - أيا كان مصدرها سواء كان التشريع أو العرف أو غيرها - من حيث قوتها الملزمة إلى قواعد أمرة وقواعد مقررة .

والقواعد الأمرة يقصد بها تلك القواعد التي لايجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمها . وإن فوصفها بأنها أمرة لايفيد أنها تأمر أو تنهى، فكل القواعد القانونية تأمر أو تنهى ولاتنصح أو تستحسن ، وإنما يفيد أن حكمها لا يمكن تحاشيه أو الفكاك منه .

والقواعد الأمرة تثبت لها تلك القوة التي لاتسمح بالاتفاق على ما يخالفها ، لأنها تمثل إرادة المجتمع العليا فى تنظيم نشاط معين على وجه خاص . فهى تعد قيда مفروضا على إرادة الأفراد وحدا لازما لحريتهم فى مسائل معينة وتنظم فى مجموعها دائرة النشاط الذى يخضع فيه الأفراد لسلطان القانون .

على أن عدم الاعتداد بإرادة الأفراد إنما ينحصر فى حالة ما إذا اتجهت إلى استبعاد الحكم المقرر فى القاعدة . ومن ثم يحدث أن يكون لإرادتهم الشأن الأول فى وضع أنفسهم فى نطاق فرض القاعدة ، بحيث إذا لم يريدوا ذلك لما تحقق الفرض وبالتالي لما تحقق الحكم . ومن هنا يمكن القول بأن الفرض فى القاعدة الأمرة

قد يكون أمرا إراديا ، وقد يقوم بصرف النظر عن أية إرادة . أما الحكم فيصرف فيه النظر عن الإرادة دائما .

فمثلا هناك قواعد أمرة تنظم آثار الزواج كأن لا يجمع الزوج المسلم بين أكثر من أربع زوجات . وهذا للتنظيم يطلق عليه النظام القانوني للزواج وقواعده شأنها شأن أية قاعدة أخرى، تتكون من فرض وحكم .

أما الفرض فهو وصف الزوج أو الزوجة .

وأما الحكم فهو ما يترتب على هذا الوصف من آثار ، ومنها إنفاق الزوج على زوجته .

وفى هذا النطاق يكون الأفراد أحرارا فى أن يتصفوا بهذا الوصف أولا يتصفوا أحرارا فى أن يتزوجوا أو لا يتزوجوا ، فإذا لم يتزوجوا لا يطبق الحكم لعدم استناده على فرض . أما إذا تزوجوا فإن سلطان إرادتهم يقف عند هذا الحد ، وتترتب الأحكام كما يضعها القانون وليس كما يتفقون عليها ، ولو اتفقوا كان اتفاقهم باطلا . فإذا اتفق الزوجان على أن تزوج الزوجة برجل آخر بالرغم من ارتباطها بالزواج الأول أو على أن يكون للزوجة عشيق كان الاتفاق باطلا .

وكذلك الشأن بالنسبة للقاعدة التى تحرم القتل . فالقتل العمد يكون معقودا بإرادة الشخص ، إن شأن امتنع فلا يترتب الحكم وهو

العقوبة ، وإن شاء قتل فتطبق عليه العقوبة المقررة ومتى قتل طبق الحكم .

أما القاعدة التي تقرر أن كل من يبلغ سنا معينة يؤدي الخدمة العسكرية ، فالفرض فيها غير إرادي وحكمها لا يمكن الاتفاق على ما يخالفه . فالشخص الذي يبلغ هذه السن فهو يبلغه دون أى سعى إرادي من جانبه ، فهو قانون من قوانين الطبيعة ، ومتى بلغها أدى شخصيا الخدمة ولا يمكن أن يتفق على أن ينوب عنه شخص آخر .

أما القواعد المقررة ، فهي القواعد غير الأمرة على النحو المتقدم ، أو تلك التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها . فلا تمثل إرادة المجتمع العليا ، بل تمثل إرادة المتعاقدين المفترضة ، لأنها تتعلق بالنشاط الحر للأفراد . وحكمة وجودها أنها تسهل الحياة القانونية للأفراد عن طريق وضع أسس الحلول .

إذ دلت الوقائع في العمل على أن الأفراد لا يتناولون بالتنظيم كل دقائق علاقاتهم وتفصيلاتها ، وإنما يقتصرون على تنظيم المهم منها ويرجع ذلك إلى أسباب متعددة ، منها عدم الخبرة التي تمكنهم من حصر كافية التفصيلات وتنظيمها ، ومنها ضيق الوقت أو قصور المجهود عن هذا الحصر ، ومنها أخيرا عدم إدراك أن جزئية معينة تؤدي فيما بعد إلى الخلاف ، فلا يقطعونه بالاتفاق

سلفا . ولما كانت مهمة القانون تنظيم الحياة فى الجماعة وجب أن يهتم بما دلت الوقائع على إهمال الأفراد له وأن يضع التنظيم المناسب حتى إذا ثارت منازعة بمناسبة جزئية من الجزئيات طبق هذا للتنظيم .

وهذا الذى درج عليه القانون إنما يقوم على افتراض أن الأفراد لم يضعوا تنظيما معينا . أما إذا وضعه الأفراد ، فإن كان تنظيمهم يتفق مع تنظيم القانون كان بها ، وإن كان يخرج عنها فضل تنظيمهم وكانت له أولوية التطبيق .

ومثل ذلك أن يتفق البائع والمشتري على المبيع والثمن ، دون أن يحددا ميعاد دفع الثمن وتسليم المبيع ولا المكان الذى كان يجب أن يتم فيه ذلك ، فتسرى عليها نصوص التقنين المدنى التى تجعل وفاء الثمن وتسليم المبيع مستحقين فور العقد وتقضى بأن يكون وفاء الثمن فى مكان تسليم المبيع (المادة ٤٥٦ مدنى) ^(١) .
ويطلق البعض على القواعد المقررة القواعد المفسرة أو القواعد المكملة .

(١) سليمان مرقس المدخل للعلوم القانونية ص ٩١ وما بعدها - الدكتور أحمد سلامة المدخل لدراسة القانون الكتاب الأول نظرية القاعدة القانونية ١٩٧٤ ص ٩٣ وما بعدها .

٢٥- معيار التفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المقررة :

استقر الفقه على أنه يمكن إجراء التفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المقررة بالاستناد على أحد معيارين أو عليهما معا ، المعيار الأول شكلي ولفظي والمعيار الثاني معيار معنوي .

وتعرض للمعيارين تفصيلا فيما يلي :

أولا : المعيار الشكلي :

هو معيار يستند إلى عبارة النص القانوني ذاته ، ويمكن التعويل على هذا المعيار باتباع إحدى طرق ثلاثة :

الأولى : أن تتضمن كل قاعدة قانونية نصا صريحا على جواز الاتفاق على ما يخالفها أو على عدم جوازه .

والثانية : أن يعتبر الأصل أن القواعد القانونية أمرة ، ما لم ينص فيها على جواز الاتفاق على مخالفتها فتكون مقررة .

والثالثة : أن يعتبر الأصل أن القواعد القانونية مقررة ، ما لم تتضمن النص على بطلان كل اتفاق يخالفها .

وقد اشتمل القانون المصري على قواعد كثيرة تضمنت نصوصا صريحة في بطلان الاتفاق على ما يخالفها أوفى جواز مثل هذا الاتفاق . فالأمر بالنسبة إلى هذه القواعد ظاهر ولا يحتاج إلى عناء، إذ هي في الحالة الأولى قواعد أمرة وفي الثانية مقررة^(١).

(١) سليمان مرقس ص ١٦ وما بعدها .

ومن أمثلة القواعد الآمرة طبقاً لهذا المعيار ما يأتي :

١- ما تنص به المادة (٤٨) مدنى من أنه :

" ليس لأحد النزول عن أهليته ولا للتعديل فى أحكامها " فتتضمن هذه القاعدة حكماً آمراً هو عدم جواز النزول عن الأهلية أو التعديل فى أحكامها وبطلان كل اتفاق مخالف .

٢- ما تنص عليه المادة ٢٢٧ مدنى من تحريم الاتفاق على فوائد تزيد على ٧% سنوياً ، وبأنه إذا اتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب خفضها إلى ٧% ورد ما دفع زائداً على هذا القدر .

٣- ما تنص عليه المادة ١٣١ فقرة ثانية مدنى على أن : "التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه". وكذلك ما تنص عليه المادة ١٠٣٣ فقرة ثانية مدنى من أنه يقع باطلاً رهن المال المستقبل وما تنص عليه المادة ٤٩٢ من أن تقع هبة الأموال المستقبلية باطلاً .

٤- ما تنص عليه المادة ٤٦٥ مدنى من تحريم بيع الوفاء ، واعتبار الاتفاق على احتفاظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة باطلاً .

ومن أمثلة القواعد المقررة طبقاً لهذا المعيار ما يأتي :

١- ما تنص عليه المادة ٢٢٦ مدنى عن إلزام المدين بأن يدفع للدائن فوائد تأخير قدرها ٤% فى المسائل المدنية أو ٥% فى

المسائل التجارية ، وعلى سريان هذه الفوائد من وقت المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها .

٢- ما تقضى به المادة ٣٤٨ منى من أن تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٣- ما تقضى به المادة ٤٦٢ منى من أن نفقات عقد البيع ورسوم الدفعة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

٤- ما تقضى به المادة ٥٨٢ منى من أن يلتزم المؤجر بإجراء الترميمات التأجيرية التى يقضى بها العرف ، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك .

غير أن القانون المصرى لم يلتزم هذه الخطة فى الأغلبية الكبرى من القواعد القانونية ، ولا هو اتبع فيها أى خطة من الخطط التى تعتمد على المعيار اللفظى ، وإنما لجأ إلى معيار معنوى .

ثانيا : المعيار المعنوى :

قد لايفصح المشرع فى صياغته اللفظية للقاعدة القانونية عن نوعية هذه القاعدة وما إذا كانت أمرة أو مكملة ، عندئذ تبدو الصعوبة فى التعرف على هذه النوعية .

وقد استقر الفقه والقضاء على اللجوء إلى معيار معنوى أو موضوعى للتعرف على نوعية القاعدة القانونية ، هذا المعيار هو مدى اتصال القاعدة القانونية بفكرة النظام العام والآداب ، فتعتبر القاعدة القانونية قاعدة أمره إذا تعلقت بالنظام العام أو الآداب ، وعلى العكس تعد القاعدة القانونية مكملة إذا لم تتعلق بالنظام العام أو الآداب . فاتصال أو تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام أو الآداب يجعل من المستحيل اتفاق الأفراد على عكس تلك القاعدة. أما القواعد الأخرى غير المتعلقة بالنظام العام أو الآداب فلا زال لسلطان الأفراد مجاله فى هذا الشأن حيث يمكن الاتفاق على عكس حكمها .

ويلاحظ أن المادة السادسة من القانون المدنى الفرنسى تقضى بأن " كل اتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب يكون باطلا ولا يعمل به " . فالمشرع الفرنسى قد أخذ إذن بمعيار النظام العام والآداب . وقد تابعه فى ذلك المشرع المصرى فى ظل التقنيات القديمة ، حيث نقل - عن المشرع الفرنسى - هذا فى لائحة ترتيب المحاكم الأهلية (المادة ٢٨ من اللائحة) للصادرة فى عام ١٨٨٢ ، ولتى حل محلها قانون نظام القضاء الصادر فى ٢٧ أغسطس سنة ١٩٤٩ ، ثم جاء المشرع فى القانون المدنى الجديد (الحالى) وقضى فى المادة (١٣٥) بأنه : " إذا كان

محل الالتزام مخالفًا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً " . كما قضى فى المادة (١٣٦) بأنه : " إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفًا للنظام العام والآداب ، كان العقد باطلاً " .

ومعنى ذلك أنه يجب الرجوع دائماً إلى فكرة النظام العام والآداب للتعرف على نوعية القاعدة القانونية من حيث كونها أمرًا أو مكملًا فى حالة عدم إفصاح المشرع عن تحديد هذه النوعية ^(١) .

٣٦- المقصود بالنظام العام :

النظام العام هو مجموعة المصالح الأساسية التى يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو مالية، أى مجموعة القواعد التى تهتم للمجتمع أكثر مما تهتم الأفراد . فتحريم التعامل مع دولة معادية يتصل بالنظام السياسى للدولة ، وتحريم زراعة التبغ فى مصر يتصل بالنظام الاقتصادى للدولة وتحديد الحد الأدنى للأجور يتصل بالنظام الاجتماعى للدولة. وفكرة النظام العام تتميز بأنها مرنة تتغير من دولة إلى أخرى ومن زمن إلى زمن فى الدولة .

(١) رمضان أبو السعود ص ٢١٦ وما بعدها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية ، لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة .

(طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٤٤ قى جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤)

ومن طليعة القواعد المتعلقة بالنظام العام ، قواعد قانون العقوبات التي ترسي دعامة الأمن فى المجتمع . فيقع باطلا كل اتفاق على ارتكاب جريمة أو على عدم ارتكاب جريمة لقاء أجر معلوم ، أو على تحمل شخص للمسئولية الجنائية والعقوبة بدل شخص آخر ارتكب جريمة من الجرائم .

وكذلك تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام القواعد المتعلقة بالحريات العامة ، وهى التى تنص عليها للدساتير عادة ، كالحرية الشخصية وحرية العقيدة وحرية الرأى وحرية الانتخاب والترشيح . فيقع باطلا التعهد باعتناق أو عدم اعتناق دين معين ، والتعهد بعدم الكتابة فى الصحف والتعهد بعدم التصويت فى الانتخابات أو الترشيح فيها .

وكذلك يعتبر عادة من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام ،
القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي فيما عدا الاختصاص
المحلى (م ١٠٩ مرافعات) ولذلك لايجوز الاتفاق على رفع دعوى
من اختصاص جهة قضائية معينة أمام محاكم جهة قضائية أخرى ،
كالاتفاق على رفع دعوى من اختصاص القضاء الإدارى أمام
محاكم القضاء العادى . ولايجوز كذلك - حتى داخل نفس الجهة
القضائية - الاتفاق على رفع دعوى تدخل نوعيا أو قيميا فى
اختصاص محكمة معينة أمام محكمة أخرى، كالاتفاق على رفع
دعوى من اختصاص المحكمة الابتدائية أمام المحكمة الجزئية .

وكذلك تتعلق أغلب القواعد الخاصة بنظام الأسرة بالنظام العام
لأن الأسرة هى الخلية الأولى للمجتمع فتكون القواعد التى تحكمها
فى مقدمة الأسس التى يقوم عليها بناء الجماعة بحيث تجب حمايتها
وكفالة احترامها ضد كل اتفاق يقع على خلافها . فلا يجوز الاتفاق
على تعديل حقوق كل من الزوجين قبل الآخر .

فيقع باطلا كل اتفاق على النزول مقدما عن المطالبة بالنفقة
التي يوجبها القانون بين الأزواج أو بين الأصول والفروع أو بين
نوى الأرحام . ولايجوز كذلك للزوج المسلم النزول مقدما عن حقه
فى طلاق زوجته^(١) .

(١) الدكتور حسن كيرة المدخل إلى القانون الطبعة الخامسة ١٩٧٤ ص ٤٨

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٣٠ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٥٥ المعدل بالقانون رقم ٢٥٣ لسنة ١٩٥٥ بشأن مزاوله مهنة الصيدلة مؤداه أن المشرع قصر تملك الصيدليات على الصيادلة المرخصين وحظر ذلك على من عداهم وذلك تنظيما لتداول الأدوية وتحقيقا للإشراف الفنى لصيدلى متخصص على هذا التداول لارتباطه الوثيق بصحة الجمهور وحياة المرضى، كما حظر النص أن يكون الصيدلى المالك موظفا حكوميا أو مالكا لأكثر من صيدليتين ، وذلك حتى يكون إشرافه الفنى حقيقيا تحقيقا للمصلحة العامة التى استهدفها المشرع بهذا التنظيم محافظة على صحة الجمهور بما تكون معه هذه القواعد متعلقة بالنظام العام ، وقد أكد المشرع هذا المعنى بالنص على عقوبة جنائية على مخالفة أحكامه."

(طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤)

٢٧- مرونة فكرة النظام العام :

تتميز فكرة النظام العام بأنها مرنة تتغير من دولة إلى أخرى ومن زمن إلى زمن فى الدولة الواحدة .

فمثلا ما يعتبر مخالفا للنظام العام فى مصر قد لايعتبر كذلك فى فرنسا فتعدد الزوجات فى مصر لايعتبر مخالفا للنظام العام أما فى فرنسا فإن ذلك يعد مخالفا للنظام العام ، وكان التأمين على الحياة أمرا مخالفا للنظام العام فى القرن الماضى فى مصر على أساس أنه يتضمن مضاربة على حياة الأشخاص أما الآن فهو أمر مرغوب فيه وتشجع الدولة القيام به . وكذلك لايعقل أن تتحدد فكرة النظام العام فى ظل المذهب الفردى بنفس ما تتحدد به فى ظل المذهب الاشتراكي .

٣٨- الآداب :

يقصد بالآداب الأصول الأساسية للأخلاق فى المجتمع ، أى مجموع الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليما من الانحلال .

فليس يقصد إذن بالقواعد المتعلقة بالآداب كل قواعد الأخلاق - وإلا اختلط القانون بالأخلاق ، وهما منفصلان نتيجة اختلافهما فى الغاية والهدف. وإنما يقصد بهذه القواعد الحد الأدنى من قواعد الأخلاق الذى تعتبره كل جماعة لازما لوجودها وكيانها بحيث تفرض على المجتمع احترامه وعدم المساس به أو الانتقاص منه . وهذا الحد الأدنى قد وجد للناس أنفسهم ملزمين باتباعه وفقا لناموس يسود علاقاتهم الاجتماعية .

ولما كانت الآداب تتصل بأسس المجتمع الأخلاقية ، فإن قواعد الآداب تعد قواعد أمرة لايجوز الخروج عليها .

وفكرة الآداب طالما أنها تتعلق بالأخلاق فى بلد معين وفى وقت معين، فإنها تكون فكرة نسبية مكانيا وزمانيا ، فما يعد من قبيل الآداب العامة فى بلد معين قد لا يعد كذلك فى بلد آخر ، وما يعد من الآداب العامة فى وقت معين قد لا يعد كذلك فى وقت آخر فى ذات البلد .

ومثل ذلك الاتفاق بنفع مبلغ معين إلى امرأة في مقابل إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة معها ، والاتفاق على استغلال دار للدعارة .

٣٩- مدى تعلق القواعد القانونية الأمرة بالنظام العام أو بالأداب :

القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب تعتبر قواعد أمرة ، ولكن العكس ليس بصحيح . فقد توجد قواعد أمرة ينص المشرع على صفتها الأمرة ولكنها لا تكون لذلك متعلقة بالنظام العام . ولهذا لا يترتب البطلان المطلق جزاء على مخالفتها - كما سنرى ، ومن قبيل ذلك بعض القواعد التي يقصد بها حماية القاصر . فإنه إذا كان مبدأ حماية القاصر أمرا متعلقا بالنظام العام بحيث يعتبر باطلا بطلانا مطلقا تعهد القاصر مقدما بالنزول عما يقرره القانون له من حماية ، إلا أن تفصيل تنظيم مثل هذه الحماية قد لا يتعلق بالنظام العام . ولذلك فإن القانون مثلا ينص على أن تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال لمصلحته وهو بذلك لا يقرر البطلان المطلق جزاء على قيام القاصر بإبرام مثل هذه التصرفات ، وإنما يكتفى بالبطلان النسبي ، مما يكشف عن عدم تعلق القاعدة التي تحرم انفراد القاصر بإجراء مثل هذه التصرفات بالنظام العام مباشرة^(١).

(١) حسن كيره ص ٥٣ هامش (٢) - محمد علي عرفه ص ١٢٦ ومابعدهما .

٤٠. جزاء مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب :

القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب باعتبارها قواعد أمرة، تعتبر قيّدا على سلطان الإرادة في إيراد التصرفات القانونية ، بمعنى أن إرادة الأفراد تنقيد باحترام هذه القواعد بحيث يترتب على كل مخالفة لهذه القواعد بطلان الاتفاق الذى يتضمن هذه المخالفة بطلانا مطلقا .

وهذا ما يستتج من عبارة المادة ١٣٥ مدنى التى تجرى على أن : " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " ، ومن عبارة المادة ١٣٦ مدنى التى تجرى على أنه : "إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلا " .

ولذلك لا يزول مثل هذا البطلان بالإجازة ، ويكون لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ، وعلى القاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه ولو لم يطلب إليه أحد الخصوم ذلك ^(١).

(١) غير أن القضاء فى فرنسا بجرى - اتباعا لقواعد تقليدية مستقرة فى القانون الرومانى منذ القدم - على منع من لو فى بالتزام مخالف للآداب من استرداد ما أداه إذا كانت المخالفة للآداب آتية من ناحيته هو ، لأنه طرف ملوث لا يجوز له الاحتجاج بتلونه ومخالفته للآداب لاسترداد ما أداه. وقد انحاز القضاء المصرى فى مجموعه إلى هذا الاتجاه فى ظل التقنين المدنى القديم . ولكن هذه القاعدة الرومانية التقليدية كانت محل

هجوم وانتقاد جمهور الفقه ، سواء فى فرنسا أو مصر ، لأنها تخالف منطق البطلان الذى يحتم إرجاع كل شئ إلى أصله واسترداد ما دفع فى جميع الحالات .

وقد هم المشرع المصرى بمتابعة القضاء الفرنسى فيما كان مستقرا عليه من التزام القاعدة الرومانية ، إذ وضع نصا يقرها فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى . ولكن لجنة المراجعة رأّت من يعد حذف هذا النص على أساس أنه " لا يمتشى مع منطق البطلان " فظهر التقنين الحالى خاليا منه . وهو ما يخول القول ، مع جمهور الفقه المصرى ، بأن المشرع المصرى قد أفصح بجلاء عن قصده فى استبعاد القاعدة الرومانية وترك منطق البطلان يرتب كل آثاره دون استثناء لحالة ترتبه على مخالفة الآداب .

وبذلك فإنه فى تقنيننا المدنى الجديد لا يوجد ثمة فارق بين الجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالآداب . فالجزاء واحد فى الحالىن وهو للبطلان، بما يستتبع إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التصرف أو الاتفاق الباطل (حسن كيره ص ٥٤ وما بعدها) .

تفسير التشريع

٤١ - المقصود بالتفسير :

يقصد بالتفسير تحديد معنى النص وتحري نطاقه وشروط تطبيقه وحقيقة المراد به . وذلك بالكشف عن حدود الفرض الذى تناوله النص والكشف عن مضمون الحكم المقرر لهذا الفرض فى لفظ النص وفحواه .

وتعرض الحاجة إلى التفسير بمناسبة تطبيق أى قاعدة قانونية أيا كان مصدرها . وإن كان المجال الغالب له هو التشريع .

٤٢ - أنواع التفسير :

للتفسير أنواع ثلاثة حسب أنواع مصدره هى: التفسير التشريعى والتفسير الفقهى والتفسير القضائى.

ونعرض لهذه الأنواع تباعا فيما يلى :

أولاً : التفسير التشريعى :

٤٣ - المقصود بالتفسير التشريعى :

وإن كان الغالب أن يستولى القضاء مهمة التفسير بمناسبة تطبيقه للقانون على ما يعرض عليه من أنزعة ، فإن السلطة التشريعية قد تعتمد إلى إصدار تشريع تفسيري يحدد حقيقة المقصود منه .

ولا يؤثر في حق المشرع في إصدار تشريع تفسيري استطلاعة الزمن بين القانونين ، ولا استقرار أحكام القضاء فيما فصلت فيه من قضايا على وجه نظر واحدة غير متعارضة ، إذ أن قيام التعارض بين الأحكام ليس بشرط يلزم توفره قبل أن يعتمد المشرع إلى إصدار التشريع التفسيري بل يكفي في هذا الخصوص أن يرى المشرع أن المحاكم لم تستنب قصده الحقيقي من التشريع المفسر^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " أصدر المشرع القانون رقم ٥٠٧ لسنة ١٩٥٥ ونص بالمادة الأولى منه على أن تستبدل بالفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ من اللائحة الجمركية النص الآتي : " ومع ذلك فالزيادة التي لا تتجاوز ١٠% والنقص الذي لا يتجاوز ٥% من البضائع المشحونة صبا لا يستوجبان تقرير الغرامة ولا تستحق الرسوم الجمركية على ما نقص من البضائع في حدود النسبة المشار إليها" - وهذا القانون - وفقا لما تراه محكمة النقض - قانون تفسير كشف به المشرع عن حقيقة المراد بالنص الوارد في القانون المفسر فأوضح أن الإعفاء المقرر بالفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ من اللائحة الجمركية مقصور على البضائع المشحونة صبا دون تلك التي تشحن في طرود . وقد أصدره المشرع بمقتضى ماله من

(١) سليمان مرقس ص ٢٣٧ .

الحق الدستوري في إصدار تشريع تفسيري - هذا الحق لا يؤثر فيه استقالة الزمن بين القانونين - ولا استقرار أحكام القضاء الابتدائي والاستئنافي فيما فصلت فيه من قضايا مماثلة على وجه نظر واحدة غير متعارضة - ذلك أن قيام التعارض في الأحكام ليس بشرط يلزم توفره قبل أن يعمد المشرع إلى إصدار التشريع التفسيري - بل يكفي في هذا الخصوص أن يرى المشرع أن المحاكم لم تستن قصده الحقيقي من التشريع المفسر - ولما كان الحكم المطعون فيه قد أطلق حكم الإعفاء على البضائع المشحونة في طرود مخالفا بذلك ما استهدفه الشارع بالفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ من اللائحة الجمركية فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٣٣٧ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٩/٥/٧)

٢- " المقرر أن من حق المشرع أن يصدر قانونا تفسيريا يكشف به عن حقيقة المراد بقانون سابق وأن هذا الحق لا يؤثر فيه استقالة الزمن بين القانونين ، وأن القانون التفسيري يعتبر كاشفا عن حقيقة مراد الشارع من تاريخ سريان القانون السابق الذي فسر لا منشئا لحكم جديد . لما كان ذلك فإن العاملين في الزراعة المستثنين من أحكام القانون ٩٢ لسنة ١٩٥٩ بإصدار قانون التأمينات الاجتماعية - هم فقط العاملون الذين يقومون بأعمال الفلاحة البحتة - بما مؤداه أن غير هؤلاء من العاملين في الزراعة

بصفة غير مباشرة كمن يؤدون - الأعمال الزراعية - شأن ناظر
الزراعة أو أعمال الحراسة والمشتغلين على الآلات الميكانيكية
فإنهم يخضعون لأحكام جميع أنواع التأمينات الاجتماعية التي ينظمها
القانون سالف الذكر. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد
أطلق عبارة عمال الزراعة المستثنين من أحكام القانون ٩٢ لسنة
١٩٥٩ على كل من يعمل في الزراعة بصفة مباشرة أو غير
مباشرة سواء منهم القائمين بأعمال الزراعة البحتة أو الذين يؤدون
الأعمال الإدارية أو أعمال الحراسة وسوى في الحكم بينهم في عدم
خضوعهم جميعا لكافة أنواع التأمينات الاجتماعية عدا المشتغلين
منهم على آلات ميكانيكية الذين يخضعون لتأمين إصابة العمل فإنه
يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتفسيره بما يستوجب نقضه .

(طعن رقم ٢٢٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢٦)

والأصل أن التفسير التشريعي يصدر من السلطة أو الهيئة التي
وضعت التشريع الذي يحتاج إلى التفسير . فالسلطة التشريعية
تختص بتفسير التشريعات الرئيسية ، والسلطات الإدارية المختلفة
تختص كل منها بتفسير ما وضعته من لوائح. غير أنه يحدث أحيانا
أن تفوض السلطة التشريعية جهة إدارية في تفسير التشريع
الرئيسي .

٤٤- التفويض فى التفسير التشريعى :

ذكرنا مسلفا أن التفسير التشريعى كما يصدر من السلطة أو الهيئة التى وضعت التشريع الذى يحتاج إلى تفسير ، فإنه يجوز لها أيضا أن تفوض جهة أخرى فى إصدار تفسير تشريعى ، ولو كانت أدنى منها ، وحتى لو كانت جهة إدارية .
ومن أمثلة ذلك ما يأتى :

١- ما تنص عليه المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعى من أن : " تتولى تفسير أحكام هذا القانون لجنة تشكل برئاسة وزير الزراعة والإصلاح الزراعى وعضوية رئيس مجلس الدولة ورئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى ، وتكون قراراتها فى هذا الشأن تفسيرات ملزمة وتنتشر فى الجريدة الرسمية " .

٢- ما تنص عليه المادة ٦ مكررا (ب) من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ بتحديد إيجار الأماكن المضافة بالقانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٦٣ من أن : " تشكل لجنة عليا برئاسة وزير الإسكان والمرافق وعضوية كل من وكيل وزارة الإسكان والمرافق المختص ومستشار الدولة لوزارة الإسكان والمرافق يكون لها تفسير أحكام هذا القانون وتعتبر قراراتها فى هذا الشأن تفسيرات تشريعية ملزمة وتنتشر فى الجريدة الرسمية " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة السادسة مكرر (ب) من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ المضافة بالقانون ١٣٣ لسنة ١٩٦٣ على تشكيل لجنة عليا فوضها المشرع فى إصدار تفسيرات ملزمة لأحكامه جعل لها قوة القانون ونص على نشرها فى الجريدة الرسمية أسوة به ، مفاده وجوب أن تقتصر هذه التفسيرات التى تصدرها اللجنة على نطاق هذا القانون وحده ولا تتعداه إلى سواء ، إذ كان ذلك وكانت المادة الثانية من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ واجهت بين نوعين من الحالات السابقة على صدوره هى الحالات التى سميت فيها أجره تعاقدية ولم يصدر بشأنها من اللجان تقدير للأجرة حتى صدور ذلك القانون ، وكذلك الحالات التى سميت فيها أجره تعاقدية وقدرت اللجان أجرتها تقديرا نهائيا ، وبينت الحكم الذى يطبق فى شأن كل منهما، ولم تتناول حالة الأماكن التى أوجرت وأخطرت عنها اللجان أو شغلت قبل صدوره ولم تكن لها أجره تعاقدية تصلح أساسا للتقدير الحكى ، ومن بينها الأماكن المؤجرة بعقود اتفق فيها على تحديد أجرتها طبقا لما تقرره لجنة التقدير ، اعتبارا بأنه لا يعد تعيينا لأجره تعاقدية حرة وكان القرار التفسيرى التشريعى رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ إنما ينصب على هذه الحالة الأخيرة التى بقيت خاضعة لأحكام القانون ٤٦ لسنة ١٩٦٢ دون القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ ، فإن القرار المشار إليه يكون قد صدر فى حدود التفويض

التشريعي المخول للجنة العليا دون أن يجاوزه إلى أحكام القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ .

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٧)

٤٥ تصدى المحكمة لتفسير القانون التفسيري :

صدر قانون تفسيري لا يحول بين المحكمة وبين تفسيرها لهذا القانون إذا كان الأمر يتطلب ذلك .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص في المادة الأولى من القرار التفسيري التشريعي رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ على أنه " إذا اتفق المالك والمستأجر على تحديد أجره الوحدة المؤجرة طبقا لما تقرره لجنة التقدير فلا تكون هناك أجره اتفاقية متعاقد عليها وتستمر لجان التقدير في تقدير الأجره طبقا لأحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ المشار إليه، وإذا كان المكان قد حددت أجرته لجنة التقدير ولم يصبح قرارها نهائيا فتستمر مجالس المراجعة في نظر الطعون ... وذلك كله مع مراعاة أحكام القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ المشار إليه " يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن هذا القرار إنما يواجه الحالة التي لم يتفق فيها المالك والمستأجر أصلا على تحديد أجره للعين بل تركا أمر تحديدها إلى لجنة التقدير ، إذ لا يكون هناك أجره متفق عليها وقت صدور القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ حتى يمكن تخفيضها بنسبة ٣٥% بالتطبيق لما تقضى به المادة الثانية منه ، وفي هذه الحالة

تستمر اللجنة في تقدير الأجرة طبقاً لأحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ، فإذا كانت اللجنة قد حددت الأجرة ولم يصبح قرارها نهائياً بسبب التظلم منه فتستمر مجالس المراجعة في نظر الطعن ، بمعنى أنه لا مجال للأخذ بالقرار التفسيري سالف الإشارة إلا إذا لم تكن هناك أجرة اتفاقية متعاقد عليها بين المؤجر والمستأجر فإذا اتضح وجودها كان لا مناص من إعمال أحكام القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ .

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٧)

٤٦ - صور التشريع التفسيري :

للتفسير التشريعي صور عديدة ، ومن هذه الصور ما يأتي :

١- أن يصدر التشريع مفسراً لتشريع سابق ومبيناً حقيقة المقصود من التشريع الأخير . ولو كان هذا التشريع قد تم إلغاؤه .

٢- أن يتخذ التفسير صورة الطريقة التي يجب إتباعها في التفسير دون أن يتناول صراحة مضمون التفسير وموضوعه .

ومثال ذلك ما كانت تنص عليه المادة الأولى من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٩ بتقرير رسم الدمغة حيث كانت تنص على أن : " قانون رسم الدمغة من القوانين التي تطبق بحرفيتها ، والتي لايجوز التوسع في تأويلها ، فلا رسوم دمغة ولا إعفاء منها بغير نص " .

٣- أن يكون التفسير التشريعي هو اللائحة التنفيذية للقانون ذاته، ومثال ذلك ما حدث في القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب المال ، إذ نصت المادة ٣٨ من اللائحة التنفيذية للقانون على أن :

" الهيئات الخاصة والشركات والمنشآت والأفراد الذين يصرفون مبالغ تتناولها الضريبة طبقاً للمادتين ٦١ ، ٦٢ من القانون يتبعون نفس الطريقة الموضحة في المادة ٣٣ من اللائحة فيتولى كل منها خصم مقدار الضريبة على مجموع المبالغ التي يصرفها لكل شخص شهرياً طبقاً للقواعد عينها .

وإذا كان ما تدفعه تلك الهيئات والشركات والمنشآت والأفراد إلى الموظف أو المستخدم أو غيرهما مبالغ محددة القيمة كأن يكون أساس التحديد نسبة مئوية أو إذا كان ما تدفعه إليه أجراً عرضياً، أو كانت تدفع إليه إلى جانب أجره الشهري المحدد أتعاباً أو هبات أو مكافآت شهرية من أى نوع كان ، فإن الضريبة المستحقة على المبالغ التي تدفعها من هذا القبيل تسوى في آخر السنة وتدفع إلى مأمور الضرائب في بحر للخمسة عشر يوماً التالية لانتهائها مع بقاء صاحب العمل مسؤولاً عن توريدها إلى الخزنة " .

فقد جاءت هذه المادة مفسرة لبعض أحكام القانون .

٤- أن يتولى النص ذاته تفسير ما ورد فيه من عبارات تحتاج إلى تفسير .

مثال ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ١٢١ مدنى تنص على أن: " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد ولو لم يقع فى هذا الغلط ... " ، فهذه الفقرة جاءت تفسيرا لعبارة الغلط الجوهري الواردة فى المادة ١٢٠ مدنى . ومثال ذلك أيضا ما ورد فى الفقرة الثانية من المادة ٩٦٩ مدنى حيث تنص على أن : " السبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون " ، فهذه الفقرة جاءت لتفسر عبارة السبب الصحيح الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ٩٦٩ مدنى .

٥- أن يكون التفسير من المشرع بنفس صيغة النص أى أن الصيغة التى عبر عنها المشرع صدرت عنه دالة على معنى معين ولايحتمل أن يفهم منه معنى آخر .

وبيان المراد من هذا النص يسمى فى اصطلاح الأصوليين "التقرير" لأن بيانه من المجتهد أو القاضى ليس إلا تقريراً أو ترديدا لمعنى عينه المشرع ، ومثال ذلك النص الذى يحدد سعر الفائدة على نحو ما قلنا^(١) .

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٨٩ وما بعدها .

٤٧ - حدود التفسير التشريعي :

المفروض أن يأتي التفسير التشريعي في حدود القانون الذي يراد تفسيره ، بمعنى أنه لا يخلق قاعدة جديدة وإنما يوضح مضمون قاعدة سابقة ، ومع ذلك فقد يحدث أن يأتي التفسير التشريعي بقاعدة جديدة .

وفى هذه الحالة إذا كانت السلطة التشريعية هي التي أصدرت التفسير فإن القاعدة الجديدة يجب احترامها إذ هي وردت فى تشريع، وتكون السلطة التشريعية فى هذه الحالة قد تسرت وراء التفسير لتنشئ قاعدة وتجعلها تسرى على الماضى . وهذا العمل من حقها ، بشرط أن تحترم ما ينص عليه الدستور بصدد رجعية القوانين .

أما إذا كان التفسير التشريعي قد صدر من سلطة أخرى خولتها السلطة التشريعية حق إصداره - كما هو الحال بالنسبة للمادة ١٢ (مكرر) من قانون الإصلاح الزراعى - فلا يجوز لهذه السلطة أن تنشئ قواعد جديدة، لأنها بذلك تكون قد خرجت عن حدود المهمة الموكولة إليها ، ولئن فعلت فلا يعتد بما تصدره ولا يكون قولها ملزما ويكون للقضاء أن يمتنع عن تطبيقه بمقتضى ماله من سلطة مراقبة التشريع .

وقد يصدر تشريع معين ولا يفصح عما إذا كان تشريعا تفسيريا أو تشريعا أصيلا .

والمعيار الذى يتبع للتمييز بين النوعين هو أن يصدر التشريع ليحسم مسألة خلافية تدخل فى النطاق الطبيعى لقانون سابق . فإن كان كذلك عد تفسيرا وكان له أثر رجعى ، وإن لم يكن تشريعا تفسيريا فإنه لايسرى على الماضى ما لم ينص فيه على خلاف ذلك وروعية فى إصداره القواعد الدستورية^(١) .

وينبنى على ذلك أنه لا عبرة بعنوان القانون ، وإنما العبرة بمضمونه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لايجوز التحدى بعنوانات القوانين فإن هذه العنوانات يضعها فى العادة العمال المكلفون بطبع القوانين ونشرها وليس لها أقل قيمة ، بل المعول عليه هو نصوص القوانين ذاتها " .
(طعن رقم ٦ لسنة ٥ ق جلسة ١٦/٥/١٩٣٥)

٤٨ - آثار التفسير التشريعى :

لما كان المقصود من التفسير التشريعى هو تفسير تشريع قائم ، فإنه يطبق فى الحال على كل المنازعات القائمة وقت صدوره ، ولو كانت ناشئة عن معاملات قانونية سابقة عليه طالما لم يصدر بشأنها حكم بات .

(١) أحمد سلامة ص ١٩٠ وما بعدها .

ولا يعتبر ذلك تطبيقاً للقانون بأثر رجعى ، لأنه ليس قانوناً جديداً منشأ لأحكام مستجدة لكنه كاشف عن حقيقة قصد الشارع مزيلاً ما لابس التشريع المفسر من غموض ^(١)

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان التفسير التشريعى هو التفسير الذى يضعه المشرع ليبين به حقيقة قصده من تشريع سابق ومبنى حكم هذا التشريع حسماً لما يثار من خلاف بشأنه . وكان التشريع المفسر يلغى التشريع السابق ، ولا يعتبر من الناحية الموضوعية تشريعاً جديداً طالما أنه يوضح قصد المشرع من التشريع السابق عليه، وهو بهذه المثابة يعتبر أنه قد صدر مع التشريع الذى يفسره فيسرى على الحالات التى لم يفصل فيها دون أن يكون له أثر رجعى . لما كان ذلك وكان المشرع قد أفصح فى المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ عن قصده من إصداره وهو إعادة تنظيم العلاقة الإجارية إزاء أزمة الإسكان التى ظهرت فى معظم دول العالم - وبالذات الدول النامية - بعد الحرب العالمية الأولى، وكثرة التشريعات التى صدرت قبله بصدد معالجة هذه الأزمة مما اقتضى وضع هذا القانون ليساير الأوضاع الراهنة ويكون شاملاً لجميع

(١) أحمد سلامة ص ١٩٠ - محمد على عرفه ص ١٨٣ ومابعدهما -

رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ١٦٣ .

الأحكام التى تنظم العلاقة بين الملاك والمستأجرين وكانت المادة ٤٧ منه قد نصت على إلغاء القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ وبعض القوانين الأخرى فإن هذا قاطع فى أن المشرع لم يقصد به تفسير القانون السابق عليه والذى ألغاه ، لما كان ما تقدم وكان يتنافى مع وصف التشريع بأنه تفسيرى أن تكون المسألة التى تناولها النص الجديد مسكوتاً عنها فى التشريع السابق ، وكانت عناية القانون رقم ١٩٦٩/٥٢ فى المادة ٢١ منه بتنظيم أثر وفاة المستأجر على امتداد عقد الإيجار ، مع أن القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ لم يسبق له معالجتها يتجاوز مع القول بأنه تشريع تفسيرى ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(طعن رقم ١٤٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٨)

والتفسير التشريعى ملزم للقضاء والهيئات المكلفة بتطبيق القانون وتنفيذه ، لأنه يصدر فى صورة تشريع ، والتشريع ملزم دائماً^(١).

٤٩- إلغاء التشريع التفسيرى بإلغاء التشريع الأسمى :

التفسير التشريعى يدور وجوداً أو عدماً مع التشريع الأسمى ، فيترتب على إلغاء التشريع الأسمى إلغاء التشريع التفسيرى ، فإن حل قانون جديد محل القانون الملغى ، فإن التشريع التفسيرى

(١) حسن كيره ص ٣٩٩ - أحمد سلامة ص ١٩٠ .

الصادر فسي شأن القانون الأخير يفقد قوته الملزمة ، لكن يجوز الاستئناس به كقرينة على قصد المشرع من النص الجديد^(١) .

٥٠- تفويض المحكمة الدستورية العليا في تفسير القوانين :

تنص المادة (١٧٥) من دستور سنة ١٩٧١ الواردة بالفصل الخامس الخاص بالمحكمة الدستورية العليا على أن :

" تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، وتتولى تفسير النصوص التشريعية ، وذلك كله على الوجه المبين في القانون ... الخ " .

وتنص المادة (٢٦) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا على أن :

" تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافا في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها " .

وتنص المادة (٣٣) من القانون على أن :

" يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية .

(١) المستشار أنور طلبه المطول في شرح القانون المدني الجزء الأول

ويجب أن يبين فى طلب التفسير النص التشريعى المطلوب تفسيره ، وما أثاره من خلاف فى التطبيق ومدى أهميته التى تستدعى تفسيره تحقيقاً لوحدة تطبيقه " .

وتنص المادة (٣٤) على أن :

" يجب أن تكون الطلبات وصحف الدعاوى التى تقدم إلى المحكمة الدستورية العليا موقعا عليها من محام مقبول للحضور أمامها أو عضو بهيئة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل حسب الأحوال ، وأن يرفق بالطلب المنصوص عليه فى المادتين ٣١ ، ٣٢ صورة رسمية من الحكمين اللذين وقع فى شأنهما النزاع أو التناقض وإلا كان الطلب غير مقبول " .

٥١- نطاق التفسير :

كانت المادة ٤ من القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإصدار قانون المحكمة العليا تنص على أن :

" تختص المحكمة العليا بما يأتى :

١-

٢- تفسير النصوص القانونية التى تستدعى ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضمانا لوحدة التطبيق القضائى وذلك بناء على طلب وزير العدل ، ويكون قرارها الصادر بالتفسير ملزما .

٣- إلخ " .

وقد ذهب المحكمة العليا إلى أن المقصود بالنص القانوني هو أى نص تشريعى سواء كان من نصوص الدستور أو القانون أو التشريعات الفرعية ، وقد نصت المحكمة فعلا لتفسير نص المادتين ٩٤ ، ٩٦ من الدستور بقرار التفسير رقم ٣ لسنة ٨ ق (الجريدة الرسمية العدد ١١ بتاريخ ١٧/٣/١٩٧٧) .

ويبدو أن المشرع فى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ الخاص بالمحكمة الدستورية العليا قد حسم خلافا دار حول هذا الأمر حينما نص فى المادة ٢٦ منه على أن : " تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور " .

وعلى ذلك يتحدد اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية ، وكذلك تفسير نصوص القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور وهى التى تصدر فى حالة الضرورة وفى حالة التفويض التشريعى ، وبشرط أن تكون تلك القرارات بقوانين قد صدرت صحيحة شكلا وموضوعا طبقا لأحكام الدستور .

ولكنها لا تختص بإصدار تفسيرات ملزمة لنصوص الدستور ، ولا للتشريعات الفرعية الصادرة من السلطة التنفيذية بمقتضى اختصاصها الأصيل فى ذلك .

كما لا تختص بتفسير التناقض بين أحكام المحاكم حول بعض الاتفاقات والعقود ، طالما أن هذا التناقض غير ناتج عن اختلاف فى تفسير نص قانونى .

وفى هذا قضت المحكمة العليا بأن :

١- " إن اختصاص المحكمة العليا وفقا للمادة الرابعة فقرة ثانية من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ والمادة الرابعة من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ إنما يتعلق فحسب بتفسير النصوص القانونية لتجلية معناها وكشف الغموض عنها ضمانا لوحدة التطبيق القانونى للنصوص التشريعية أما تكييف العقود واستظهار شروطها واستخلاص قصد المتعاقدين منها فلا يدخل فى اختصاص المحكمة وإنما يدخل فى اختصاص قسم الإفتاء بمجلس الدولة " .

(طلب التفسير رقم ٨ لسنة ٢ قضائية جلسة ١٩٧٢/٥/٦)

٢- " ومن حيث إن اختصاص المحكمة العليا وفقا للمادتين المشار إليهما إنما يتعلق فحسب بتفسير النصوص القانونية لتجلية معناها وكشف الغموض عنها ضمانا لوحدة التطبيق القانونى للنصوص التشريعية أما تكييف العقود واستظهار شروطها . واستخلاص قصد المتعاقدين منها فلا يدخل فى اختصاص المحكمة وإنما يدخل فى اختصاص قسم الإفتاء بمجلس الدولة ومن ثم فإن المحكمة تكون غير مختصة بنظر الطلب " .

(طلب التفسير رقم ٨ لسنة ٢ قضائية جلسة ١٩٧٢/٥/٦)

٥٢- شروط قيام المحكمة الدستورية العليا بالتفسير :

يشترط لقيام المحكمة الدستورية العليا بتفسير نصوص القوانين والقرارات بقوانين توافر الشروط الآتية :

١- أن يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية .

فلا يجوز تقديم طلبات التفسير من المتقاضين ولا من أى جهة خلاف الجهات سالفة الذكر .

غير أنه يلاحظ - كما ذهب البعض- أن التجاء السلطة التشريعية إلى المحكمة الدستورية العليا لتفسير نص فى تشريع صدر عن هذه السلطة هو أمر غريب ، ذلك أنه إذا تراءى لمجلس الشعب أن نصا فى القانون يحتاج إلى تفسير ، فإنه يجب على المجلس أن يوضح نيته ومقصوده من هذا النص لا أن يترك غيره يتولى عنه ذلك ، ولهذا فمن الواجب فى مثل هذه الحالة أن يتولى المجلس ذاته إصدار تشريع تفسرى لهذا النص الغامض . لاسيما وأن المشرع يشترط لقيام المحكمة الدستورية العليا بالتفسير أن يكون النص التشريعى المراد تفسيره قد أثار خلافا فى التطبيق والنص لا يشير خلافا فى التطبيق إلا خارج نطاق المجلس التشريعى (١) .

٢- أن يكون النص المراد تفسيره قد أثار خلافا في التطبيق وكان له من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيره .

والواقع أن النص القانوني الذى يثير خلافا فى التطبيق ، يكون قد أثار هذا الخلاف عند قيام جهات مختلفة بتنفيذه ، أو عند قيام محاكم مختلفة بتطبيقه فهو فى الحالتين يثير خلافا فى التطبيق .

ولذلك إذا كان طلب التفسير قد قدم بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء فإنه يشترط لقبول الطلب أن يكون النزاع فى التفسير قد أثار بين جهات مختلفة تتولى تنفيذ النص القانوني المختلف فى تفسيره، كما يشترط ألا يكون الباعث على تقديم الطلب هو تقديم التفسير فى منازعة قضائية قائمة .

أما إذا كان طلب التفسير قد قدم بناء على طلب من المجلس الأعلى للهيئات القضائية فإنه يشترط فى هذه الحالة أن يكون النص القانوني قد أثار خلافا بين المحاكم حول تفسيره، الأمر الذى يستلزم أن تكون هناك أحكاما متعارضة ، ويرجع سبب تعارضها إلى الاختلاف فى تفسير النص . غير أنه لا يشترط فى هذه الأحكام أن تكون قد صدرت من محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا، إنما يكفي أن يتبين للمجلس الأعلى للهيئات القضائية ، أن الاتجاه القضائي غير مستقر على تفسير معين لنص من النصوص برغم

تمائل الحالات الواقعية (أى المنازعات) وأن الأمر من الأهمية
بمكان بحيث يستدعى تفسير النص تحقيقاً لوحدة تطبيقه ^(١) .
وإعمال هذا الشرط يقتضى أن يبين فى طلب التفسير النص
التشريعى المطلوب تفسيره ، وما أثاره من خلاف فى التطبيق
ومدى أهميته التى تستدعى تفسيره تحقيقاً لوحدة تطبيقه (٢/٣٣)
من قانون المحكمة الدستورية العليا) .

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

١- " مناط قبول طلب تفسير نصوص القوانين الصادرة من
السلطة التشريعية والقرارات بقوانين التى يصدرها رئيس
الجمهورية- طبقاً للمادة ٢٦ قانون المحكمة الدستورية العليا
الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩- هو أن تكون هذه
النصوص قد أثارت خلافاً فى التطبيق ، وأن يكون لها من الأهمية
ما يقتضى توحيد تفسيرها . ومؤدى ذلك أن يكون النص المطلوب
تفسيره علاوة على أهميته ، قد اختلف تطبيقه على نحو لا يتحقق به
المساواة أمام القانون بين المخاطبين بأحكامه رغم تماثل مراكزهم
وظروفهم ، بحيث يستوجب الأمر طلب إصدار قرار من المحكمة
الدستورية العليا بتفسير هذا النص تفسيراً ملزماً ، لرساء لمدلوله
القانونى السليم وتحقيقاً لوحدة تطبيقه " .

(طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٢ قضائية جلسة ٣ يناير سنة ١٩٨١)

٢- " وحيث إن السلطة المخولة لهذه المحكمة في مجال التفسير التشريعي ، مشروطة بأن تكون للنص التشريعي أهمية جوهرية تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التي ينظمها ووزن المصالح المرتبطة بها ، وأن يكون هذا النص- فوق أهميته - قد أثار عند تطبيقه خلافا حول مضمونه تتباين معه الآثار القانونية التي يترتبها فيما بين المخاطبين بأحكامه على نحو يخل - عملا - بعمومية القاعدة القانونية الصادرة في شأنهم ، والمتمثلة مراكزهم القانونية بالنسبة إليها ، ويهدر بالتالي ما تقتضيه المساواة بينهم في مجال تطبيقها الأمر الذي يحتم رد هذه القاعدة إلى مضمون موحد يتحدد على ضوء ما قصده المشرع منها عند إقرارها ضمانا لتطبيقها متكافئا بين المخاطبين بها " .

(طلب رقم واحد لسنة ٢٦ قضائية تفسير" جلسة ٢٠٠٤/٣/٧)

٣- " ... وفي ضوء هذين الحكمين استقر قضاء هذه المحكمة على أن اختصاصها بتفسير النصوص القانونية مشروط بأمرين : (أولهما) أن يكون للنص التشريعي المطلوب تفسيره أهمية جوهرية- لا ثانوية أو عرضية - تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التي ينظمها ، ووزن المصالح المرتبطة بها ، و(ثانيهما) أن يكون هذا النص - فوق أهميته- قد أثار عند تطبيقه خلافا حول مضمونه تتباين معه الآثار القانونية التي يترتبها فيما بين المخاطبين بأحكامه ،

بما يفضى عملا إلى الإخلال بوحدة القاعدة القانونية الصادرة في شأنهم ، والمتماثلة مراكزهم القانونية إزاءها ، ويهدر بالتالي ما تقتضيه المساواة بينهم في مجال تطبيقها ، الأمر الذي يحتم رد هذه القاعدة إلى مضمون موحد يتحدد على ضوءه ما قصده المشرع منها عند إقرارها ضمانا لتطبيقها متكافئا بين المخاطبين بها .

وحيث إن الشرطين اللذين تطلبهما المشرع لقبول طلب التفسير قد توافرا بالنسبة لنص الفقرة الثانية من المادة (٢٤) من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية المشار إليها ، وذلك لما وقع في شأنها من خلاف في التطبيق بين دوائر محكمة النقض بعضها البعض من جهة ، ومحكمة القضاء الإداري من جهة أخرى ، فتضاربت قراراتها وقضاؤها بشأن صحة الاقتراع في اللجان التي جرى الاقتراع فيها برئاسة أعضاء من هيئتي قضايا الدولة والنيابة الإدارية ، كما لاجرم في أهمية هذا النص ، تقديرا بوروده في أحد القوانين المكملة للدستور ، وتعلقه بممارسة حقين دستوريين أساسيين يتبادلان التأثير فيما بينهما وهما حق الترشيح والانتخاب ومن ثم ، كان الطلب مقبولا " .

(الطلب رقم ٢ لسنة ٢٦ قضائية تفسير" جلسة ٢٠٠٤/٣/٧)

٥٣- التفسير الصادر من المحكمة الدستورية العليا ملزم للكافة :

تنص المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا في فقرتها الأولى والثانية على أن: " أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة . وتنشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها". وعلى ذلك فإن القرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا بالتفسير - شأن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية - لها حجية مطلقة قبل الكافة . ويعزى ذلك إلى أن المحكمة الدستورية العليا فيما تصدره من قرارات تفسير تشريعي ، لا تنشئ حكما جديدا بل تكشف عن حكم القانون بتفسيره نصوصه وتبين قصد المشرع منه ، وبذلك يكون لقرارها ذات قوة النص الذي انصب عليه التفسير .

وفي هذا تقول المحكمة الدستورية العليا بأن :

١- " وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن ولايتها في مجال ممارستها لاختصاصها بالنسبة إلى التفسير التشريعي تقتصر على تحديد مضمون النص القانوني محل التفسير لتوضيح ما أبهم من ألفاظه ، وذلك من خلال استجلاء إرادة المشرع

وتحرى مقصده منه ، والوقوف على الغاية التى يستهدفها من تقريره إياه .

(الطلب رقم واحد لسنة ٢٦ قضائية "تفسير" جلسة ٢٠٠٤/٣/٩)

٢- " وحيث إن قرارات التفسير الصادرة من هذه المحكمة قد تواترت على أنها قد خولت سلطة تفسير النصوص التشريعية بمعناها الشامل لقرارات رئيس الجمهورية بقوانين تفسيراً تشريعياً ملزماً يكون كاشفاً عن إرادة المشرع التى صاغ على ضوءها هذه النصوص محدداً مضمونها لتوضيح ما أبهم من ألفاظها ، مزيلاً ما يعتد بها من تناقض قد يبدو من الظاهر بينها ، مستصفاً إرادة المشرع تحرياً لمقاصده منها ، ووقفاً عند الغاية التى استهدفها من تقريره إياها بلا زيادة أو ابتسار ، وتستعين المحكمة فى سبيل ذلك بالتطور التشريعى للنص المطلوب تفسيره وبأعماله التحضيرية الممهدة له " .

(الطلب رقم ٢ لسنة ٢٦ قضائية "تفسير" جلسة ٢٠٠٤/٣/٧)

وكانت المادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ بإصدار قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا ، تنص على أن تكون الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين ملزمة لجميع جهات القضاء دون أن يشر إلى قرارات التفسير ، وذهبت محكمة النقض إلى أن قرارها بالتفسير يكون له هذا الإلزام .

إذ قضت بتاريخ ٢٤/٣/١٩٨١ في الطعن رقم ٢٤٦ لسنة ٤٩ ق بأن :

" مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون المحكمة العليا أن المشرع اختص المحكمة العليا بتفسير النصوص التشريعية وجعل لقرارات التفسير التي تصدر قوة ملزمة لجميع جهات القضاء، وهى فى ذلك لا تتشئ حكما جديدا بل تكشف عن حكم القانون بتفسير نصوصه وتبين قصد المشرع منه ، وبذلك يكون لقرارها ذات قوة النص الذى انصب عليه التفسير ، ولا يغير من ذلك أن المشرع نص بالمادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ بإصدار قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا ، على أن تكون الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين ملزمة لجميع جهات القضاء ولم يشر إلى قرارات التفسير ، رغم أنه واجب نشر منطوق تلك الأحكام وقرارات تفسير النصوص القانونية بالجريدة الرسمية ، ذلك أن الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا قد نصت على أن لقرارات التفسير ذات القوة الملزمة ، وهو ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ تعليقا على المادة ٣١ منه ، وكان من مقتضى اختصاص المحكمة العليا بالتفسير الملزم للنصوص التشريعية أن يكون لها وحدها تقرير توافر شروط قبول طلب التفسير بحيث

لا يقبل من أية جهة قضائية أن تبحث تلك الشروط أو تناقشها
توصلا إلى التحلل من القوة الملزمة لقرار التفسير " .

ويظل التفسير الصادر من المحكمة الدستورية العليا ملزما على
نحو ما تقدم حتى لو لم يكن صادرا في طلب تفسير وإنما في
دعوى بعدم دستورية نص قانوني ، باعتبار أن قرار التفسير في
هذه الحالة يكون صادرا من محكمة مختصة ولاثيا بالتفسير وأن
حكمها بات قاطع لاسبيل إلى إهدار حجته^(١) .

٥٤ - النطاق الزمني لسريان التفسير الصادر من المحكمة الدستورية العليا :

رأينا فيما سلف أن المحكمة الدستورية العليا في قرارات
التفسير التشريعي لا تنشئ حكما جديدا بل تكشف حكم القانون
بتفسير نصوصه وتبين قصد المشرع منه ، وبذلك يكون لقرارها
ذات قوة النص الذي انصب عليه التفسير .

وينبني على ذلك أن يعتبر هذا التفسير قد صدر في الوقت الذي
صدر فيه التشريع الأصلي ، ويسرى على كافة الوقائع التي تلت
نفاذ التشريع الأصلي ، طالما لم يصدر بشأنها حكم بات ، وذلك
بطريق القياس أيضا على التفسير التشريعي .

(١) المستشار أنور طلبه ص ٧٩ .

٥٥- سلطة المحكمة الدستورية العليا فى التفسير لانتزع اختصاص الجهات الأخرى بالتفسير :

الاختصاص المخول للمحكمة الدستورية العليا بتفسير القوانين واللوائح ، لايسلب الجهات الأخرى المنوط به سلطة التفسير اختصاصها فى إصدار التفسيرات التشريعية ، مثل مجلس الشعب، الذى يظل له الحق فى سن تشريع تفسيري ، وكذا اللجان الإدارية التى عهد إليها بهذا الاختصاص وكذلك لايسلب هذا الاختصاص جهات القضاء الأخرى - كما سنرى- سلطتها فى تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها مادام لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم . سواء من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا .

وفى هذا جاء بالملذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا بأن :

"وغنى عن الذكر أن اختصاص المحكمة الدستورية بالتفسير لا يحول دون مباشرة السلطة التشريعية حقها فى إصدار التشريعات التفسيرية بداءة أو بالمخالفة لما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا من تفسير .

كما أن هذا الاختصاص لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى جميعا فى تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة

عليها مادام لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم سواء من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا " .

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية- وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانونها- لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى فى تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها مادام لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا " .

(طلب التفسير رقم ١ لسنة ٢ قضائية جلسة ١٧/١/١٩٨١)

٥٦- لا شأن لتفسير النص بدستوريته :

اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالنسبة لتفسير النصوص التشريعية لأشأن له بدستورية النص ، ولا يجوز له عند التصدى لتفسير النص التصدى لدستوريته .

وينبنى على ذلك أن إصدار المحكمة الدستورية العليا تفسيراً تشريعياً للنص ، لا يحول دون الطعن بعدم دستوريته .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" وحيث إنه غنى عن البيان أن اختصاص هذه المحكمة بالنسبة لتفسير النصوص التشريعية لا يجوز أن ينزلق إلى الفصل فى

دستوريتها ، ذلك أن المادة (٢٦) من قانون المحكمة الدستورية العليا لا تخولها سوى استقصاء إرادة المشرع من خلال استخلاصها دون تقييم لها ، وعلى أساس أن النصوص التشريعية إنما ترد دوماً إلى هذه الإرادة وتحمل عليها حملاً ، سواء كان المشرع حين صاغها مجانباً الحق أو منصفاً ، وسواء كان مضمونها ملتئماً مع أحكام الدستور أم كان منافياً لها ، ولا يتصور بالتالي أن يكون طلب تفسير النصوص المذكورة تفسيراً تشريعياً متضمناً أو مستنهضاً الفصل في دستوريتها لتقرير صحتها أو بطلانها على ضوء أحكام الدستور .

(الطلب رقم ٢ لسنة ٢٦ قضائية " تفسير " جلسة ٢٠٠٤/٣/٧)

٥٧ - ثانياً : التفسير الفقهي والقضائي :

يقصد بالتفسير الفقهي ، ذلك التفسير الذي يقوم به الفقهاء بصدد دراستهم للقانون .

أما التفسير القضائي ، فيقصد به ذلك التفسير الذي يتولاه القضاة حينما يقوم بتطبيق القانون على المنازعات المرفوعة إليهم . والتفسير الذي يقوم به القاضي يتأثر إلى حد بعيد بالاعتبارات والظروف العملية ، بينما الفقه تغلب على تفسيره الصفة للنظرية ، إذ هو يبحث عن تعرف قواعد القانون في تجريدها ، لا في تطبيقها الفردي بصدد منازعات خاصة .

والقاضي عضو في السلطة القضائية ، أما الفقيه فهو مجرد عن كل سلطة ، ومن ثم فإن التفسير الذي يقوم به القاضي ينطبق على الدعوى التي ينظرها ، ويلزم الأطراف ، وينفذ بالقوة الجبرية عند تنفيذ الحكم إذا دعت لذلك ضرورة .

أما التفسير الفقهي فهو مجرد وجهة نظر ، مجرد نصيحة ليس لها في حد ذاتها أية قوة إلزامية .

إلا أنه يجمع بين التفسير الفقهي والقضائي التزامهما بأساليب علمية واحدة ، وحرصهما معا على التعاون فيما بينهما في تفسير القانون بما يتيح الجمع بين الفوائد النظرية والعملية على السواء . فالتفسير الفقهي يسبق عادة التفسير القضائي ويعين عليه ، وهو يضطر القضاء على أى حال - أمام تداول الخصوم مختلف التفسيرات الفقهية - إلى اتخاذ موقف منها بالانحياز إلى بعضها دون البعض الآخر . والتفسير القضائي كذلك يكون محلا لعناية كبرى من جانب الفقه ، فيحاول عن طريق الوصل بين مختلف الأحكام - استخلاص الاتجاهات العامة للقضاء . وقد تمد الأحكام القضائية الفقه بفروض عملية لم يتصورها في المجال التجريدي البحث ، مما يدعو إلى إعادة النظر فيما سبق من تفسيره أو إلى تضيق شقة الخلاف بين مختلف التفسيرات الفقهية .

لكن قد يدعو انتقاد الفقه اتجاهها معينا للقضاء إلى حمل المحاكم على الحلول عما استقرت عليه من قبل من تفسير^(١) .

(١) أحمد سلامة ص ١٩١ ومابعدا - حسن كيره ص ٤٠٠ وما بعدها .

٥٨ - أسلوب النظام القانونى المصرى فى التفسير :

يستجـه الفقـه والقاضـى فى تفسـيرهما التشريع نحو المعنى الذى ينطوى عليه النص وما قصده المشرع من عبارته .

وقد تعددت الآراء بشأن النية التى يجب البحث عنها من واقع النص. وتبلورت أهمها فى ثلاثة مذاهب هى :

١- مذهب مدرسة الشرح على المتنون .

٢- مذهب المدرسة التاريخية .

٣- مذهب المدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمى الحر .

ولانرى مبررا لدراسة هذه المذاهب الثلاثة ، وأنه يكفى تناول

ما هو مستقر عليه فى الفقه والقضاء المصرى .

٥٩ - حالات التفسير :

تعرض الوقائع على القاضى ليقضى فيها ويتعين عليه أن يلتبس حلها فى التشريع قبل أى مصدر آخر (المادة الأولى من التقنين المدنى) . فإما أن يجد للحالة المعروضة عليه نصا يواجهها، وإما ألا يجد لها نصا .

والنص إن وجد فإما أن يكون واضح المعنى سليما من كل عيب ، وإما أن يكون معيبا يحتاج إلى جهد لإصلاح ما به من عيب .

فهناك ثلاثة فروض : الأول وجود نص سليم ، والثانى وجود نص معيب ، والثالث لندام النص .

وظاهر أن التفسير يكون له محل فى الفرض الثانى، وبالتأمل يتضح أن الفرض الأول أيضا يكون فيه مجال التفسير . أما فى حالة عدم النص ، فالذى يتبادر إلى الذهن ألا يكون هناك مجال للتفسير .

ولكن الواقع أن القاضى لابد له حتى فى هذه الحالة من تفسير النصوص الموجودة ، والتحقق من عدم انطباقها على الحالة المعروضة ، حتى يمكنه أن يقرر أن هذه الحالة مسكوت عنها ، أى أن لائنص لها ، فيجوز له أن يلتمس حلها من طرق أخرى^(١). والأسلوب الذى يتبعه القاضى هو ذات الأسلوب الذى يتبعه الفقيه فى تفسيره ، مع الفارق الذى ذكرناه سلفا من أن الفقيه يضع قواعد مجردة ، وليس بصدد تطبيقها على واقعة معينة كالشأن فى التفسير الذى يقوم به للقاضى .

(١) سليمان مرقس ص ٢٤٢ .

(الحالة الأولى من حالات التفسير) (حالة النص السليم)

المقصود بالنص السليم ذلك النص الذى يفيد المقصود منه بمجرد فهم ألفاظه ، والذى يثير فى الذهن معنى معيناً .

وقد رأينا أن المادة الأولى من التقنين المدنى تنص فى فقرتها الأولى على أن : " تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها " .

لفظ النص هو صيغته كما سنرى ، وفحوى النص هو المعنى غير المباشر الذى لا يستخلص من ألفاظ النص ذاتها ، وإنما من النص فى مجموعه ، فهو معنى لم يفصح عنه النص ولكنه من لوازمه ^(١) .

فتفسير فحوى النص نأتى عن طريقة دلالة الإشارة ودلالة الاقتضاء ولذلك فنحن نعرض لدلالات ثلاث :

١- دلالة العبارة . ٢- دلالة الإشارة .

٣- دلالة الاقتضاء .

٦٠- (أ) دلالة العبارة :

المراد بعبارة النص صيغته المكونة من مفرداته وجمله .

(١) نعمان جمعه ص ٢٦٧ .

والمراد بدلالة عبارة النص المعنى الذى يتبادر فهمه من صيغته ويكون هو المقصود من سياقه ، ويطلق عليه المعنى الحرفى للنص أو منطوقه .

ولكل نص معنى تدل عليه عباراته .

ومن أمثلة ذلك :

١- ما تنص عليه المادة ١٣٥ منى من أنه : " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " . فهذا النص يدل بعبارته على أن العقد يبطل إذا كان محله مخالفا للنظام العام .

٢- ما تنص عليه المادة ١١٢ منى من أن إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون " .

فهذا النص تدل صياغته على أنه يجوز الإنذن للصبى المميز البالغ الثامنة عشرة من عمره فى تسلم أمواله لإدارتها .

والمقرر أن ما تفقده هذه الدلالة يجب القول به ولا يصح أن يصرف النظر عنه بمقولة أنه غير عادل ، فإرادة المشرع يجب الأخذ بها بصرف النظر عن اعتبار اتساقها أو تعارضها مع العدالة إذ ليس على القاضى إلا تفسير النص واستنباط ذلك الحكم منه وتطبيقه (١) .

(١) أحمد سلامة ص ٢٠٢ - سليمان مرقس ص ٢٤٣ .

وفى هذا يقول الأصوليون إن : " لا مساغ للاجتهاد فيما فيه نص صريح قطعى " .

وقد نصت المادة ١٤ من مجلة الأحكام العدلية على أنه :
"لا مساغ للاجتهاد فى مورد للنص " .

وقضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كانت نصوص القانون واضحة جلية المعنى فالبحث عن حكمة التشريع ودواعيه لا يكون له من محل ، وإنما يكون ذلك عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضى مضطرا ، فى سبيل تعرف الحكم الصحيح ، إلى تقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه " .

(طعن رقم ٩ لسنة ١١ قى جلسة ١٩٤١/٥/١)

٢- متى كان النص واضحا صريحا جليا قاطعا فى الدلالة على المراد منه فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالمراحل التشريعية أو بالحكمة التى أملت وقصد الشارع منه ، لأن محل هذا البحث إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه " .

(طعن رقم ٣٢٩ لسنة ٤١ قى جلسة ١٩٧٦/٥/١٢)

٣- " من المقرر- فى قضاء هذه المحكمة- أنه لا يجوز تقييد مطلق النص بغير مخصص بحيث إن كان صريحا جلى المعنى قاطعا فى الدلالة على المراد منه فلا محل للخروج عليه أو تأويله

بدعوى تفسيره استهداء بالحكمة التى أملتة وقصد الشارع منه لأن ذلك لا يكون إلا عند غموض النص أو وجود لبس فيه .

(طعن رقم ٣١٢٢ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٦/١١/١٨)

٤- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه متى كان النص واضحاً جلى المعنى قاطع الدلالة على المراد منه فلا يجوز الخروج عليه أو تأويله .

(طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/١/٢٠)

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" وحيث إن من المستقر عليه فى أصول التفسير أنه إذا كانت عبارة النص واضحة الدلالة فلا يجوز تأويلها بما يخرجها عن معناها المقصود منها ، أو الانحراف عنها بدعوى تفسيرها ، كما إذا جاءت عامة فإنها تجرى على إطلاقها ، ما لم يوجد ما يقيدها أو يخصص حكمها " .

(العطب رقم واحد لسنة ٢٦ قضائية " تفسير " جلسة ٢٠٠٤/٣/٧)

٦١- وجود معنى اصطلاحى للنص :

قد يكون للفظ معنى فى اللغة العربية ، ويكون له فى ذات الوقت معنى اصطلاحى مختلف .

والمقصود بالمعنى الاصطلاحى ذلك المعنى الذى استقر للفظ معين فى لغة القانون ^(١) .

(١) أحمد سلامة ص ٢٠٢ .

فى هذه الصورة يجب حمل النص على المعنى الاصطلاحى وليس على المعنى اللغوى .

ويجب صرف هذا المعنى الاصطلاحى فى كل نص آخر يرد فى التشريع ، إلا إذا تبين أن المعنى الاصطلاحى يجافى قصد المشرع فإن ذلك يؤكد أنه تحول عن هذا المعنى إلى معنى آخر غير ذلك الذى يدل عليه ظاهر النص ، ومن ثم فإن التعرف على الحكم الصحيح من النص يقتضى تقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه وقد زالت صفة الوقف عن الأعيان الموقوفة وفقا أهلها بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، وانحصرت الأحكام إما فى الأراضى الغير موقوفة أصلا أو الأراضى الموقوفة وفقا خيريا فإن لازم ذلك أن تتصرف عبارة " الأعيان الموقوفة" فى القوانين رقم ٩٤٦ لسنة ١٩٥٣ و ٢٩٥ لسنة ١٩٥٤ و ٦٢ لسنة ١٩٦٠ التى تعاقب صدورها بعد المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بغية تنظيم إنهاء حق الحكر - ودون حاجة إلى تحديد- إلى تلك الأعيان التى بقيت لها صفة الوقف بعد صدور المرسوم بقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ وهى الأعيان الموقوفة على غير الخيرات فقط."

(طعن رقم ٣٨٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/١٤)

٢- " إذ كان قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ قد نص في المادة الثانية منه على أن يستثنى من نطاق تطبيقه " العمال الذين يستخدمون للعمل في الزراعة إلا فيما يرد به نص خاص " كما جرى نص المادة الثانية من قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ على أن أحكامه لا تسرى على " العاملين في الزراعة إلا فيما يرد به نص خاص " . وكان المشرع حين أصدر القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤ الخاص بعقد العمل الفردى واستثنى من أحكامه العاملين في الزراعة إنما أراد بهذا الاستثناء - وعلى ما يبين من المناقشات البرلمانية الخاصة بهذا القانون- استبعاد كل من يعمل في الزراعة بصفة مباشرة أو غير مباشرة بحيث يشمل الاستثناء العمال الذين يؤدون الأعمال الإدارية والكتابية المتعلقة بالزراعة مما يكشف عن أن لمصطلح " العاملين في الزراعة " مدلولاً معيناً في قصد المشرع، وكانت نصوص القانون رقم ٤١٩ لسنة ١٩٥٥ بإنشاء صندوق للتأمين وآخر للإيجار للعمال الخاضعين لأحكام المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ بشأن عقد العمل الفردى والذي استثنى بدوره العاملين في الزراعة من نطاق تطبيقه ، وكذلك نصوص قانوني التأمينات الاجتماعية الصادرين بالقانون ٩٢ لسنة ١٩٥٩ و٦٣ لسنة ١٩٦٤ قد خلت مما يشعر بتحول المشرع عن مدلول ذلك المصطلح ، فإنه يتعين التزام هذا المعنى في تفسير نص المادة

الثانية من القانونين الأخيرين لأن الأصل في قواعد التفسير أن المشرع إذا أورد مصطلحا معينا في نص ما لمعنى معين وجب صرفه لهذا المعنى في كل نص آخر يرد فيه " .

(ب) - " إذ أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ حين تحدثت عن فئات العاملين التي استثنأها القانون في مادته الثانية من أحكامه " العاملين في الزراعة والمقصود بهم من يقومون بأعمال الفلاحة البحتة ولا يمتد الاستثناء إلى من يؤدون الأعمال الإدارية أو أعمال الحراسة كناظر الزراعة والخولى والخفير أو كاتب الزراعة وغير هؤلاء ممن يؤدون أعمالا مماثلة " تكون قد خرجت عن المعنى الصحيح لعبارة النص حسبما قصده الشارع فضلا عن تخصيصها لعمومه بغير مخصص وتجاوز حد الإيضاح وبسطة مجال تطبيق القانون على بعض طوائف من عمال الزراعة دون سند من نصوصه التي قصرت سريان أحكامه فيما يتعلق بالعاملين في الزراعة وفقا للمادة ١٩ منه التي صيغت على غرار المادة ١٩ من قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ على العاملين المشتغلين بالآلات الميكانيكية أو المعرضين للأمراض المهنية بالنسبة لتأمين إصابات العمل وهو ما لا تملكه تلك المذكرة ومن ثم فلا يعتد بما ورد بها في هذا الخصوص " .

(طعن رقم ٢٩٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٦/٢٢)

٣- "المقرر أن المشرع فى المادة ٢٢ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ انصرف عن المعنى الاصطلاحى للفظ المالك إلى ذلك المعنى الآخر غير ذلك الذى يدل عليه ظاهر النص ذلك أن الأصل فى قواعد التفسير أنه إذا أورد المشرع مصطلحا معينا فى نص ما لمعنى معين وجب صرفه لهذا المعنى فى كل نص آخر يرد فيه إلا أنه إذا تبين أن المعنى الإصطلاحى يجافى قصد المشرع فإن ذلك يؤكد أنه تحول عن هذا المعنى إلى معنى آخر غير ذلك الذى يدل عليه ظاهر النص ومن ثم فإن التعرف على الحكم الصحيح من النص يقتضى تقصى الغرض الذى رمى إليه ، والقصد الذى أملاه، وهو ما يبين من استقراء أحكام هذا القانون من أنه أطلق على المؤجر اصطلاح المالك فى نصوص المواد ٤، ٥، ٦، ٧، ٩، ١١، ١٩، ٢٠، ٢٣، ٢٥ الخاصة بتحديد الأجرة وتقاضى مقدم إيجار وزيادة أجرة الأماكن المؤجرة لغير أغراض السكنى وتوزيع تكاليف الترميم والصيانة وأجر حارس المبنى والإعفاء من الضرائب العقارية للمباني الجديدة وزيادة الأجرة عند تغيير الاستعمال والحق فى تقاضى نسبة من ثمن بيع المتجر أو المصنع وتأثيم تقاضى "خلو رجل" وبيع وتأجير الوحدات المبنية لأكثر من شخص والتخلف عن تسليم الوحدات المؤجرة فى الموعد المحدد وبطلان الشروط المخالفة لأحكام القوانين المنظمة للعلاقة بين طرفى العلاقة

الإجارية فقد استخدم المشرع فى النصوص متقدمة البيان فقط لفظ المالك فى غير معناه الاصطلاحي .

(طعن رقم ٣٧٩٤ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٩/٦/٢)

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" إن الأصل فى تفسير النصوص القانونية وتفهم مدلولها أن تحمل ألفاظها على ما يقضى به الاصطلاح والعرف القانونيان لا ما تقضى به الأوضاع اللغوية ، لأن الأصل أيضا أن المشرع يستعمل فى صياغته للنصوص القانونية ، الألفاظ فى معانيها القانونية الخاصة لا بمعانيها اللغوية العامة وذلك كله ما لم يعم دليل من النص على أن المشرع استهدف بلفظ معين معناه اللغوى لا معناه القانونى " .

(طعن رقم ٣٦٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٧١/٤/١١)

٦٢- وجود خطأ لغوى شائع :

قد يرد بالنص خطأ لغوى شائع فى نص من نصوصه ، يخالف معناه لغة ، فإذا فسر هذا النص طبقا لمعناه اللغوى فإنه يودى إلى معنى آخر غير الذى يقصد المشرع ، لأن المشرع وضع هذا النص طبقا لمفهومه الخاطئ الشائع ، ومن ثم يجب تفسير هذا اللفظ وفقا لمعناه الشائع مع التسليم بخطئه . ومثال ذلك لفظ "ضعف" فمعناه اللغوى (مثله) أى يقصد بضعف الشئ مثل الشئ وضعفاه مثلاه وأضعافه أمثاله . إلا أن معناه الشائع (مثلا الشئ) .

ومن أمثلة استعمال المشرع هذا اللفظ في معناه الشائع الخاطئ ما يلي :

١- ما جاء بالمادة ١٠٣ منى التى تجرى على أن :

" ١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢- فإذا عدل من دفع العربون ، فقدّه . وإذا عدل من قبضه ، رد ضعفه . ولو لم يترتب على العدول أى ضرر " ، فالمشرع هنا يقصد رده " مثلى " العربون ^(١).

٦٣- (ب) دلالة الإشارة :

دلالة الإشارة ، هى دلالة اللفظ على حكم لم يقصد بالذات ، فهو لا يتبادر فهمه من ألفاظه ، ولكن يكون لازما لمعنى متبادر من ألفاظه . فهو مدلول لللفظ بطريق الالتزام . وقد يكون وجه التلازم بين المعنيين ظاهرا فلا يحتاج تحصيل المعنى الالتزامى إلى عناء ، وقد يكون خفيا فيحتاج تحصيل هذا المعنى إلى جهد وتفكير ^(٢).

ومثال ذلك :

١- قوله تعالى : { وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا } مع قوله فى آية أخرى { وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ } إذ يفهم من هاتين الآيتين بطريق الإشارة أن أقل مدة للحمل ستة أشهر . لأن الآية الأولى قدرت مدة

(١) راجع المستشار أنور طلبه ص ٩٧ ومابعدها .

(٢) سليمان مرقس ص ٢٤٦ وما بعدها - أحمد سلامة ص ٢٠٣ .

الحمل ومدة الفصل الذى هو الطعام عن الرضاعة بثلاثين شهرا ،
والآية الثانية قدرت مدة الفصل بحولين ، فيلزم من ذلك أن الباقي
من الثلاثين شهرا وهو ستة أشهر يكون أقل مدة للحمل .

٢- ما تنص عليه المادة ١٠٣٣ منى من أنه : " إذا كان
الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا
إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية ... الخ " .

فالمعنى المستدل من عبارة النص هو أن الرهن من غير مالك
يمكن تصحيحه بإقرار من المالك الحقيقى . أما عن المعنى المستدل
بدلالة الإشارة المرتبط لزوما بالمعنى الأول فهو أن جزاء رهن
ملك الغير هو البطلان النسبى وليس البطلان المطلق، لأن البطلان
المطلق لا يرد عليه التصحيح . فجواز تصحيح الرهن يعنى لزوما
أن جزاءه هو البطلان النسبى^(١) .

٣- ما تنص عليه المادة ٥٦٢ منى من أنه : " إذا لم يتفق
المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها ، أو إذا تعذر
إثبات مقدار الأجرة ، وجب اعتبار أجرة المثل " . فيفهم من هذا
النص بطريق الإشارة أن عقد الإيجار الذى لم يتفق فيه على مقدار
الأجرة لا يكون باطلا ، بدليل جواز أن يعتمد القاضى فى هذا
التقدير على أجرة المثل^(٢) .

(١) نعمان جمعه ص ٢٦٧ .

(٢) رمضان أبو السعود ص ٤٢٥ وما بعدها .

٦٤- (ج) دلالة الاقتضاء :

هى دلالة اللفظ على حكم أو لفظ مسكوت عنه يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته . فالأقتضاء هو الطلب. وحين يقال دلالة الاقتضاء فإن هذا يعنى أن صحة الكلام أو صدقه تستدعى وجود حكم أو لفظ آخر .
ومثال ذلك :

١- قوله تعالى : { حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ } وصحة الكلام تقتضى وجود لفظ آخر هو " أكل " .

٢- ما تنص عليه المادة ٤٣٤ مدنى من أنه : " إذا وجد فى المبيع عجز أو زيادة " فلكى يفهم معنى الكلام لابد من تقرير لفظ " مقدار " ليستقيم صحة الكلام ، فيكون " إذا وجد فى مقدار المبيع عجز أو زيادة " .

٦٥- تدرج دلالات التفسير :

المعنى الذى يستخلص من عبارة النص له الصدارة فى قوة التفسير ، ويليه المعنى الذى يستخلص من إشارة النص ثم من اقتضاء النص ولهذا التفاوت فى القوة أثره عند التعارض ، فإذا تعارض الحكم الثابت بالعبارة مع الحكم الثابت بالإشارة مثلا رجح الأول على الثانى .

ومن أمثلة ذلك أن المولد ١٥٥ ، ١٥٦ ، ١٥٧ من القانون المدنى القديم تدل بطريق الإشارة على اختصاص المحاكم الأهلية بالفصل

فى قضايا النفقات . غير أن المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية نصت على أنه ليس لهذه المحاكم أن تنتظر فى مسائل الزواج وما تعلق بها من قضايا المهر والنفقة ، وهذا يدل بطريق العبارة على عدم اختصاص تلك المحاكم بقضايا النفقة. وعلى هذا يرجح الحكم المستفاد من عبارة النص على الحكم السابق المستفاد من الدلالة .

(الحالة الثانية من حالات التفسير)
(حالة النص المعيب)

٦٦- العيوب التي يمكن أن تشوب النص :

يكون النص معيباً في إحدى حالات أربع هي :

١- إذا وقع فيه خطأ مادي أو معنوي .

٢- إذا كان فيه غموض .

٣- إذا كان فيه نقص .

٤- إذا كانت بعض أحكامه متعارضة مع البعض الآخر أو مع

أحكام نصوص تشريعية أخرى .

ونعرض لهذه الحالات فيما يلي .

١- الخطأ المادي والمعنوي :

الخطأ في صياغة النص هو خطأ غير مقصود يقع من المشرع

عند وضع النص .

وهذا الخطأ قد يتخذ إحدى صورتين . الأولى ، أن يذكر فيه

لفظ مكان لفظ آخر . والثانية ، أن يغفل وضع لفظ كان يجب أن

يوجد .

ومثال الصورة الأولى ما تنص عليه المادة ١٠٨٨ مدني من

أنه: " لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة

مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلني " .

ووجه الخطأ فى هذا النص أنه ذكر كلمة "قيد" . إذ المفروض أن يؤخذ الاختصاص أولاً ثم يقيد ثانياً . فإذا اشترطنا أن يكون المدين مالكا للعقار وقت القيد لأفاد ذلك أنه لا يشترط أن يكون مالكا له وقت أخذ الاختصاص ، أى أن الاختصاص يؤخذ على مال غير مملوك للمدين ولذلك يجب أن تستبدل كلمة (أخذ) بكلمة (قيد) .
ومن ثم فلفظة " قيد " قد وردت خطأ بدلا من لفظة أخذ^(١).

ومثال الصورة الثانية ما ورد فى الفقرة الثانية من المادة ٦٧٦ مدنى من أن : "تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال والطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ومندوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء " فإن لم يقصد بها اشتراط أن يكون الممثلون التجاريون جوابين ، وإنما قصد بها سريان أحكام عقد العمل على الممثلين التجاريين وعلى الجوابين فسقط سهوا حرف (الواو) بين كلمتى التجاريين والجوابين .

٢- غموض النص :

يعنى الغموض أن يكون أحد ألفاظ النص يحتمل أكثر من معنى أو تحتمل عبارته أكثر من معنى واحد .
وفى بعض الأحيان يكون النص فى جملته هو الذى يحتمل المعنيين فيقال إنه نص غامض .

(١) أحمد سلامة ص ٢٠٥ وما بعدها - رمضان أبو السعود ص ٤٣٢ .

ومثل غموض اللفظ الواحد لفظ " الليل " الوارد بالمادة ٣١٧ عقوبات ، فقد جعل منه المشرع ظرفا مشددا لمن يسرق أثناءه .
فثار الخلاف حول المقصود من هذا اللفظ ، وهل هو المعنى الفلكى الذى يبدأ من غروب الشمس إلى شروقها ، أم هو الليل بالمعنى المتعارف عليه أى الفترة التى يسود فيها الظلام حتى ولو تأخر بدؤها عن غروب الشمس ويكرت نهايتها شروقها .

وقد ذهب أحكام القضاء فى أول الأمر إلى الأخذ بالمعنى الأخير معتبرة الليل الفترة التى يخيم فيها الظلام فعلا ، إذ هى الفترة التى تتوافر فيها حكمة التشديد ، نظرا لما يبعثه الظلام فى نفس الناس من الرهبة ونظرا لما يهيئه الظلام للجانى من تسهيل ارتكاب الجريمة^(١).

غير أن محكمة النقض لم تأخذ فيما بعد بهذا التفسير ، وأخذت فى تحديد الليل بمعناه الفلكى^(٢) .

(١) مصر الابتدائية ١٩٠٤/١١/٣٠ - دشنا الجزئية ١٩٠٤/٧/١٧ - الدكتور محمود مصطفى قاتون العقوبات - القسم الخاص ص ٣٩٤ - الدكتور رموف عبيد جرقم الاعتداء على الأشخاص والأموال طبعة سادسة ١٩٧٤ ص ٣٨٣ .

(٢) طعن جنائى ٢١٢٣٦ سنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٧/١١/٤ - طعن رقم ١٢٣٦ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٧/١/٦ - طعن رقم ٧٨٠ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٢/١٢ .

ومثل غموض العبارة كلها ما ورد فى المادة ١٥٢ مدنى قديم
من إلزام السيد " بتعويض الضرر الناشئ للخير عن أفعال خدمته
متى كان واقعا منهم فى حال تأدية وظائفهم " .

فإن هذه العبارة الأخيرة كانت تحتل اشتراط وقوع الضرر فى
حدود تنفيذ التعليمات التى أصدرها السيد لخدمته ورسم له منها
واجباته ، كما تحتل الاكتفاء بوقوع الضرر فى الوقت أو المكان
المخصص لتأدية وظيفة الخادم أو بمناسبة تأدية هذه الوظيفة أو
بسببها .

٣- النقص :

النقص يكون إذا كان النص الذى يورد الحكم مقتضبا لا يتضمن
كل ما يجب ذكره .

مثال ذلك المادة ٧٦ من القانون المدنى القديم التى كانت تنص
على أنه : " تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده ،
ظاهرا بنفسه أو بوكيل عنه ، بغير منازع ، مدة خمس سنوات
متوالات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنيا
على سبب صحيح ، فإذا لم يوجد ذلك السبب لا تحصل له الملكية إلا
إذا وضع يده مدة خمس عشرة سنة " . فهذا النص يقضى بأن من
وضع يده على عقار مملوك لغيره ، مدة خمس سنوات بنية تملكه ،
ملكه بالتقادم القصير بشرط أن يكون لديه سبب صحيح ، أى عقد
ناقل للملكية كالبيع .

ولم يذكر النص شرطا آخر لا تقل أهميته عن شرط السبب الصحيح ، وهو حسن النية ، إذ التملك بالتقادم القصير لا بد فيه من حسن النية ، ويجب على المفسر أن يكمل مثل هذا النص الناقص^(١).

٤ - التعارض فى النصوص :

قد يكون التعارض بين أحكام التشريع الواحد أو بينها وبين أحكام تشريع آخر ، يحتاج إلى رفعه . وقد يتأتى التعارض بين نصوص من درجات متفاوتة ، وقد يتأتى بين نصوص من درجة واحدة.

وفى الحالة الأخيرة قد يكون أحد النصين المتعارضين سابقا على الآخر ، وقد يكونان قد صدرا فى تاريخ واحد .

ومثل الحالة الأخيرة ، التعارض الواقع بين المادتين ١١٠٠ ، ١١١٣ من التقنين المدنى . فقد نصت المادة الأولى على أنه : "إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن ، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن.." وجعلت بذلك من رجوع المرهون إلى حيازة الراهن قرينة قانونية على قصد المرتهن النزول عن الرهن ، أى قرينة ملزمة للقاضى إلى أن يثبت المرتهن عسكها ، فى حين أن المادة ١١١٣ نصت

(١) عبد الرزاق المنهورى وأحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٤٣ .

على أن : " ينقضى حق الرهن الحيازي ... إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق ويجوز أن يستفاد التنازل ضمنا من تخلّي الدائن باختياره عن الشيء المرهون " ومؤداها أن تخلّي الدائن باختياره عن الشيء المرهون يصلح أن يعتبر قرينة قضائية على قصد النزول عن الرهن ، أى قرينة متروك تقديرها للقاضي بمعنى أنها غير ملزمة له فيجوز أن يأخذ أو أن لا يأخذ بها حسبما يرى دلالتها في ظروف الواقعة المعروضة عليه ^(١).

٦٧- تفسير النص العيب :

إذا شاب النص عيب أو أكثر من العيوب السالفة الذكر، وجب تفسيره وبيان مقصود المشرع الحقيقي من وضعه .

وفى سبيل هذا التفسير يسلك المفسر وسائل متعددة حتى يمكن رفع العيب . وقد يحدث أن يكفى سلوك واحد منها ، كما أنه كثيرا ما يلجأ المفسر إلى هذه الوسائل المختلفة بعزها ببعضها بعضا .

هذه الوسائل هي :

١- تقريب النصوص بعضها من بعض :

يستطيع المفسر أن يفهم معنى اللفظ الغامض بتقريبه من باقى لقاط النص، كما يستطيع أن يجلو غموض النص كله بتقريبه من النصوص الأخرى ^(٢).

(١) سليمان مرقس ص ٢٥٨ وما بعدها .

(٢) عبد الرزاق السنهوري وأحمد حنمت أبو ستيت ص ٢٤٧ وما بعدها .

ذلك أن أى قاعدة قانونية لا تبدو مستقلة أو منفصلة عن غيرها من القواعد القانونية ، بل إن الترابط وثيق بين كافة القواعد القانونية فى النظام القانونى الواحد . فالنصوص التشريعية تكمل بعضها بعضا ، فبعضها يخصص ما جاء عاما فى إحداها وبعضها يفسر مجملها وبعضها يقيد ما أطلقه البعض ، كما أن منها ما ينسخ الآخر .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" تفسير نصوص الدستور يكون بالنظر إليها باعتبارها وحدة واحدة يكمل بعضها بعضا ، بحيث لا يفسر أى نص منها بمعزل عن نصوصه الأخرى ، بل يجب أن يكون تفسيره متساندا معها بفهم مدلوله بما يقيم بينها التوافق وينأى بها عن التعارض " .

(القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ فى جلسة ١٩/٥/١٩٩٠)

ومثال هذا التعارض ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٦٣١ مدنى من أن لاتصح إجارة الوقف بالغبن للفاحش إلا إذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذى له ولاية التصرف فى الوقف ، فتجوز إجارته بالغبن للفاحش فى حقه نفسه لا فى حق من يليه من المستحقين ، فإنه يمكن الاستدلال على صحة إجارة الوقف بالغبن الفاحش ولو كان المؤجر غير المستحق الوحيد على أن يلتزم المستأجر بتكملة الأجرة وذلك بتقريب الفقرة الأولى من الفقرة الثانية من المادة ٦٣٢ التى تجرى على أن : " وإذا أجر الناظر

الوقف بالغبن الفاحش ، وجب على المستأجر تكملة الأجرة إلى أجر المثل وإلا فسخ العقد " (١).

٢- الأعمال التحضيرية :

الأعمال التحضيرية هي مجموعة الوثائق الرسمية التي صحبت تحضير التشريع كالذاكرة الإيضاحية للتشريع ومناقشات الهيئات التي قامت بتحضيره والمناقشات البرلمانية والتقارير ... الخ .

وهي تبين مقصود المشرع من وضع التشريع وتفسر ما غمض من أحكامه ، وتوضح المصدر التاريخي الذي استمد منه .

والأولى مراجعة جميع الأعمال التحضيرية المتعلقة بتشريع معين بحسب ترتيب وضعها ، وتتبع الفكرة الواحدة في جميع مراحل تكوين التشريع للوصول إلى النتيجة النهائية التي استقر عليها الرأي والتي يصح اعتبار النص معبرا عنها .

فمثلا بالنسبة للمثال الذي ذكرناه سلفا على الخطأ الوارد في المادة ١٠٨٨ منى والتي نتكلم عن أخذ حق الاختصاص . لو رجعنا بصنده إلى الأعمال التحضيرية لوجدنا أن المادة ١٥٢١ من المشروع كانت توجب على قلم الكتاب أن يبادر إلى قيد الأمر أو الحكم الصادر بالاختصاص في نفس اليوم الذي يصدر فيه ، ومن ثم كان مستوى أن يشترط المشرع ملكية المدين للعقارات التي يؤخذ

(١) سليمان مرقس ص ٢٥٩ وما بعدها .

الاختصاص عليها وقت إصدار الأمر أو وقت القيد . غير أن نص المادة ١٥٢١ سالف الذكر قد حذف من المشروع وترتب على حذفه إمكان وقوع فاصل زمني بين صدور الأمر وبين قيده ، فكان إذن يتعين استبدال كلمة " أخذ " بكلمة " قيد " ولكن ذلك لم يحدث فبقيت كلمة " قيد " من قبيل السهو ^(١).

غير أنه يلاحظ أن الأعمال التحضيرية كثيرا ما تشمل على آراء شخصية لواضع مذكرة إيضاحية أو لعضو في هيئة ، فيجب التحرز من الاعتماد على هذه الآراء باعتبارها دليلا على نية المشرع ^(٢).

ومثال ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون الخاص بالمجالس الحسبية الصادر في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ في صدد رفع سن الرشد من ١٨ إلى ٢١ سنة من القول بأنه : " مما لاجابة إلى نكره أن الحكم المشار إليه لا ينطبق على الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثماني عشرة سنة المحددة لانتهاه الوصاية بمقتضى القانون القديم ، هؤلاء الأشخاص يعتبرون أنهم راشدون قانونا ولايسوغ إرجاعهم تحت الوصاية " .
فقد اعتبر هذا التفسير رأيا شخصيا لواضع المذكرة ولم يؤخذ به، بل أخذ بعكسه .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج-٧ ص ١٨٥ .

(٢) محمد كامل مرسى وسيد مصطفى ص ٢٩٢ .

ومن هذا القبيل أيضا ما جاء في المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني الجديد تعليقا على المادة ٤٠٩ فقرة ثانية منه من أن : "الإقرار المركب لا يتجزأ موصوفا كان أو غير موصوف ، بل يتعين على من يتمسك به بصفته هذه أن يعتد به بأسره " ، مع أن المادة المذكورة تنص صراحة على أن : " لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى " أى أنها تجيز تجزئة الإقرار المركب في بعض الأحوال .

وما ورد في المذكرة ذاتها في باب الإقرار من أنه لا يجوز العدول عن الإقرار إلا بسبب غلط في الواقع ، إذ أن هذا القول يتعارض مع نص المادة ١٢٢ مدني جديد التي تسرى صراحة بين الغلط في الواقع والغلط في القانون بوجه عام وبم يرد في التقنين الجديد نص يستثنى الإقرار من هذه القاعدة ^(١) .

٣- المصادر التاريخية :

المصدر التاريخي هو المصدر الذي استقى منه المشرع النص التشريعي . فإذا وجد بالنص عيب أمكن إزالته عن طريق الرجوع إلى التفسير السائد في النظام القانوني الذي استقى منه النص .

(١) سليمان مرقس ص ٢٦٤ وما بعدها .

والتقنين المدني الجديد مصادره التاريخية هي التقنين المدني القديم وقضاء المحاكم السابق والشرعية الإسلامية والقانون الفرنسي وبعض القوانين الأجنبية التي استمدت منها بعض النصوص .

ومن أمثلة الرجوع إلى المصدر التاريخي أنه يجب الرجوع إلى الفقه الإسلامي لتفسير مواد القانون المدني الخاصة بالشفعة ، وعلم المشتري بالمبيع علما كافيا ، ومرض الموت ، والأهلية وقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون ، وكذلك يجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية لتفسير قوانين الوصية والوقف والميراث .

وتعتبر من السوابق التاريخية أيضا آراء المؤلفين القدماء الذين اهتموا بهم المشرع عند وضع القانون . فكثيرا ما يستعين الشراح الفرنسيون بمؤلفات الفقيه " بوتيه " ، لأنه كثيرا ما تأثر واضعو مجموعة نابليون بأرائه واهتموا بها في وضع أحكام هذه المجموعة^(١).

٤- النص الفرنسي :

كانت التقنيات المصرية القديمة توضع باللغة الفرنسية أولا ، ثم تترجم إلى اللغة العربية . فكان النص العربي يعتبر هو النص الرسمي ، ولكن النص الفرنسي وهو الأصل يعتبر عند الاختلاف هو الأقرب إلى التعبير عن نية المشرع. كما أن كثرة نزوح

(١) محمد علي عرفه ص ١٩٣ .

الأجانب إلى مصر وتمتعهم بالامتيازات قديما اضطرت المشرع المصري إلى وضع مائت تشريعات باللغتين العربية والفرنسية وإلى نشرها في الجريدة الرسمية بهاتين اللغتين (١).

أما الآن فقد تغير الوضع وأصبحت القوانين توضع بالعربية وتدر كل أعمالها التحضيرية بالعربية كذلك .

ومن أمثلة الحالات التي يرجع فيها في تفسير النص إلى النص الفرنسي ، ما ذكرناه عن نقص شرط الخطأ من عبارة المادة ١٥١ مدني قديم (٢) فقد أمكن الاستدلال عليه من النص الفرنسي الذي يقول :

Le dol vice Le consentement quand les manoeuvres pratiquées contre la partie sont telles que, sans ces manoeuvres elle n'aurait pas consenti .

وكذا نص المادة ٨٩ من قانون التجارة الملغى الذي يقضى بأن الوكيل بالعمولة يجب عليه أن يستصدر أمرا من قاضي الأموال الوقتية ببيع ما لديه من بضائع الموكل سدادا لما يكون مستحقا له طرفه سواء أكان مأذونا من موكله بالبيع أم كان غير مأذون به ، فقد أمكن بالرجوع على نصها الفرنسي الجزم بأن المشرع قصد أن استصدار الأمر المذكور لا يكون ضروريا إلا إذا لم يكن الوكيل مأذونا بالبيع من موكله .

(١) محمد علي عرفه ص ١٩٣ وما بعدها .

(٢) راجع ص ١٨٢ وما بعدها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لم يخطئ الحكم إذ قرر أن الوكيل بالعمولة المأنون بالبيع لا يجب عليه أن يستصدر أمرا من قاضي الأمور الوقتية ببيع الأقطان التي فوض في بيعها ذلك أنه إذا كان ثمة غموض في النص العربي للمادة ٨٩ من قانون التجارة فإن هذا الغموض يوضحه النص الفرنسي لهذه المادة الذي لا يدع مجالا للشك في صحة ما ذهب إليه الحكم في هذا الخصوص " .

(طعن رقم ١١٠ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٥/٢١)

٥- تحديد درجة النص وتاريخه وصفته من حيث العموم أو الخصوص :

يلجأ إلى هذه الوسيلة إذا شاب النص عيب التعارض. فتحديد درجة النص يمكن من إزالة التعارض سه طريق سبب الحكم الذي يتضمنه التشريع الأعلى درجة طبقا لما ذكرناه في موضعه ، وتحديد تاريخ النص يؤدي إلى تغليب الحكم الذي يتضمنه النص الأحدث إذ يعتبر النص القديم منسوخا ، وكذلك يؤدي تحديد صفة النص وبيان إذا كان نصا عاما أو خاصا إلى تغليب حكم وإهمال الآخر .

(أنظر في التفصيل شرح المادة الثانية) .

٦- الأحكام تدور مع عللها وجودا وعمما :

العلة هي الوصف للظاهر المنضبط المناسب للحكم ، وهي تدور وجودا وعمما مع النص .

ولا يجوز إهدارها للأخذ بحكمة النص ، وهي المصلحة التي يريد تحقيقها من الحكم أو المفسدة التي يراد دفعها .

فالقاعدة القانونية تقرر حكما لعلة تبرر هذا الحكم . فعندما تنتفى العلة في فرض من الفروض ، لما كان هناك محل لاقتضاء الحكم . فإذا كانت الخمر محرمة لأنها تذهب العقل ، فإن المخدرات تكون كذلك لنفس العلة ، ولا محل لتحريم السجائر لانقضاء العلة بها . وكذلك لو أن شخصا استخدم الخمر في طهو بعض الأطعمة ، فإن علة التحريم تكون غير قائمة لأن الكحول سيتطاير في الطهو، ولن يترتب على تناول الطعام غيبة العقل وبالتالي فلا تحرم^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأحكام القانونية تدور مع عللها لا مع حكمتها ومن ثم لا يجوز إهدار العلة وهي الوصف للظاهر المنضبط المناسب للحكم للأخذ بحكمة النص وهو ما شرع الحكم لأجله من مصلحة أريد تحقيقها أو مفسدة أريد دفعها . وأنه متى كان النص عاما مطلقا فلا محل لتخصيصه أو تقييده باستثناء

(١) نعمان جمعه ص ٢٦٥ .

المحكمة منه ، إذ في ذلك استحداث لحكم مغاير لم يأت به النص عن طريق التأويل . لما كان ذلك وكانت عبارة نص المادة ٦٠٦ من القانون المعنى عامة مطلقة بحيث تتسع لكافة ورثة المستأجر المتوفى بما تجيزه لهم من الاستمرار في الانتفاع بالمكان المؤجر ، وكانت المادة ٦٠٢ لم تخص فئة معينة منهم بالحق في الانتفاع دون فئة أخرى ، فإن قصر تطبيقه على الحالات التي يمارس فيها الوارث ذات حرفة مورثه ، يعتبر تقييدا المطلق النص وتخصيصا لعمومه بغير مخصص وهو ما لايجوز ، ومن ثم يكون من حق ورثة المستأجر البقاء في العين المؤجرة لمورثهم إن رغبوا في ذلك دون اشتراط احترام أيهم لذات حرفة المورث " .

(طعن رقم ٦٧٦ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٦/١٦)

٧- النص المطلق يؤخذ على إطلاقه :

الأصل أن النص المطلق يؤخذ على إطلاقه تحقيقا للعللة التي كانت الباعث على وضعه .

ولايجوز تخصيصه بغير مخصص .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ وردت عبارة "مسألة فرعية" بالمادة ٢٠ من القانون ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بصفة عامة مطلقة بحيث يشمل جميع المسائل الفرعية التي عناها الشارع في قانون المرافعات ، فإن قصر هذه المسائل بدعوى تقصى حكمة التشريع على الدفوع أو الطلبات

العارضنة التي قد يفصل فيها قبل الفصل في الموضوع أو المسائل الفرعية التي يحتاج بحثها لجهد من المحكمة - يكون تقييدا لمطلق النص وتخصيصا لعمومه بغير مخصص وهو ما لا يجوز ، ذلك أنه متى كان النص صريحا جليا قاطعا في الدلالة على المراد منه فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التي أملت وقصد الشارع منه ، لأن محل هذا البحث إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه .

(طعن رقم ٣٩٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/٧)

٢- " تنص المادة ٣/٩ من المعاهدة الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن على أنه " يمكن للقوانين الوطنية الاحتفاظ للمدين بحق الوفاء بالنقود الوطنية طبقا لسعر القطع يوم وصول السفينة إلى ميناء تفريغ البضائع المقصودة " . وقد انضمت مصر إلى هذه المعاهدة وصدر مرسوم بالعمل بها ابتداء من ٢٩ مايو سنة ١٩٤٤ . وإذا تمتع طبقا للقوانين المصرية الوفاء في مصر بغير العملة المصرية ، وكان نص المادة السالفة الذكر إذ قرر حساب العملة الوطنية على أساس سعر الصرف يوم وصول السفينة إلى ميناء التفريغ قد جاء عاما مطلقا ولم يفرق بين الوفاء الفوري والوفاء المتأخرى لأجل كما لم يفرق بين الوفاء الاختياري والوفاء الإلزامي وذلك بقصد وضع معيار ثابت لسعر الصرف يسهل تحديده وهو يوم وصول السفينة إلى ميناء التفريغ وإن مضت

بينه وبين الوفاء فترة طويلة ، فإن مؤدى ذلك أن تبرأ ذمة الناقل من التزامه إذا وفاه بنقود وطنية على هذا الأساس " .

(طعن رقم ٢٢٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٦)

٢- " مفاد نص المانتين الأولى والرابعة عشر من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ بإصدار قانون تصحيح أوضاع العاملين بالدولة ولقطاع العام ، أن المشرع قصد بالعاملين المخاطبين بأحكام المادة (١٤) سالفة الذكر العاملين الذين يسرى في شأنهم القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٧ وهم العاملون بوزارات الحكومة ومصالحها ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ، وكذلك العاملون بالقطاع العام ممن طبقت عليهم أحكام هذا القانون الأخير في هذه الجهات قبل التحاقهم به ، يؤيد ذلك أن المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ كانت قد استثنت هذه المادة من نطاق سريانه على العاملين بالقطاع العام ثم حذفت هذا الاستثناء عند صياغة البند (ب) من المادة الأولى المشار إليها ، مما مفاده عدم جواز قصر نطاق المادة ١٤ من هذا القانون على فئة العاملين بوزارات الحكومة ومصالحها ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة دون العاملين بالقطاع العام ممن طبق عليهم القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٧ وقت أن كانوا يعملون في إحدى هذه الجهات ، إذ في ذلك تقييد لإطلاقها وتخصيص لعمومها بغير مخصص وهو ما لا يجوز " .

(طعن رقم ٩٩٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/٣/٢٤)

(٨) عدم التوسع فى الاستثناء :

إذا ورد نص على سبيل الاستثناء ، فهذا النص لايجوز التوسع فى تفسيره ، فيؤخذ فى شأنه بالتفسير الضيق المحدد الذى يتناسب مع حكمه ، كما أنه لايجوز القياس عليه للتوصل إلى وجود استثناء آخر .

ويستدل على أن الحكم استثنائى ، إما من سياق النص ذاته ، وإما لأن الحكم أتى خلاف الأصل .

أما عن الاستثناء بصريح النص ، فنذكر كمثال له استثناء ملك ليبيا من حظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ ، مثل هذا الاستثناء لايقاس عليه ، فلا يعفى من هذا الحظر ملك أو رئيس جمهورية عربية آخر .

أما عن الحكم الاستثنائى لمخالفته للأصل ، فبيان أنه الأصل فى الإنسان الحرية والأهلية وبراءة الزمة والمساواة مع غيره . وبالتالي فإن أى قيد على الحرية يعتبر استثناء . فالنصوص الجنائية التى تنشئ جرائم أو التى تسوى من مركز المتهم تعتبر استثناء لأنها ترد على خلاف الأصل ، وبالتالي لايجوز التوسع فى تفسيرها أو القياس عليها .

فمثلا يعاقب القانون كل من اختلس منقولا مملوكا للغير ، ولايجوز للقاضى أن يقيس على ذلك ويعاقب من وضع يده على

عقار مملوك للغير بسوء نية ويقصد تملكه . وكذلك تعتبر عوارض الأهلية وموانعها استثناء لمخالفتها للأصل وهو كمال الأهلية . ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يتوسع في تفسير النصوص المتعلقة بهذه المسائل أو القياس عليها . الشيء نفسه بالنسبة للدين فهو استثناء لأن الأصل هو براءة ذمة الشخص ، وبالتالي فلا مديونية بغير عقد أو نص قانوني . فليس للقاضي أن يلزم شخصا بالإتفاق على ابن خاله قياسا على التزامه بالإتفاق على والديه أو أخيه الخ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ كان النص في المادة ٣٧٥ من القانون المدني على تقادم المهايا والأجور بخمس سنوات هو نص استثنائي على خلاف الأصل العام في التقادم ، ولا يجوز القياس عليه ، وكان الواقع في الدعوى أن الطالب يطلب التعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة القرارات الإدارية المخالفة للقانون ، وكانت مسؤولية الإدارة عن تلك القرارات مصدرها القانون ، فإن مساعلة الإدارة عنها عن طريق التعويض لا تسقط إلا بالتقادم العادي ، وهو ما لم ينقض بعد ، ويكون الدفع بتقادم الحق بخمس سنوات في غير محله " .

(الطلب رقم ٢٧ لسنة ١٩٥٥ في " رجال القضاء " جلسة ١٩٧٧/٢/٣)

٢- " المقرر- فى قضاء هذه المحكمة - أن القوانين المتعلقة بإيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر تعد من القوانين الاستثنائية التى تسرى فى نطاق الأغراض التى وضعت لها فيجب تفسيرها فى أضيق الحدود دون ما توسع فى التفسير أو القياس على أن يكون التعرف على الحكم الصحيح من النص بنقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه ."

(طعن رقم ٢٩٥٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١١/٢٣/ ١٩٩٤)

٣-(أ)- " عملية تأجير الشقق مفروشة لاتعتبر بطبيعتها عملا تجاريا ، طالما لم يقترن التأجير بتقديم ضرور من الخدمة الخاصة للمستأجر، بحيث تتغلب العناصر التجارية المتعددة على الجانب العقارى من العملية ، وكانت الصفة التجارية لهذا التأجير لاثبت حتى ولو كان المستأجر تاجرا ، إلا إذا كان متعلقا بحاجات تجارته وحاصلا بمناسبة نشاطه التجارى ، بحيث لولا هذا النشاط لما وقع العمل ."

(ب)- " النص فى الفقرة الأخيرة من المادة ٢٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين على أنه " يعتبر تأجير أكثر من وحدة سكنية مفروشا عملا تجاريا " نص استثنائى من القواعد العامة التى تحكم طبيعة الأعمال التجارية ، ينبغى عدم التوسع فى تفسيره ، ويلزم أعمال نطاقه فى حدود الهدف الذى ابتغاه المشرع من وضعه ، وهو

إخضاع النشاط الولد به للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية، يؤيد هذا النظر أن القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر خلا من مثل هذا النص ، واستعاضت المادة ٤٢ عنه بوجوب قيد عقد الإيجار المفروش لدى الوحدة المحلية المختصة ، التى عليها إخطار مصلحة الضرائب شهريا بما يتجمع لديها من بيانات فى هذا الشأن ، حرصا من المشرع على حصول الدولة على الضرائب المستحقة ، يظاهر هذا القول أن المشرع عمد بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الضريبية إلى تعديل الفقرة الرابعة من المادة ٣٢ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ فأخضع التأجير مفروشا للضريبة ولو انصب الإيجار على وحدة واحدة أو جزء منها " .

(طعن رقم ٤٧٦ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٢)

(الحالة الثالثة من حالات التفسير) (حالة عدم وجود نص)

٦٨- مضمون هذه الحالة :

إذا لم يجد الفقيه أو القاضى نصا سليما أو معيبا ينطبق على الحالة المعروضة عليه ، فإنه تجب للتفرقة بين المواد الجنائية والمواد المدنية .

ففى المواد الجنائية إذا لم يجد القاضى نصا يجرم الواقعة ، وجب عليه القضاء بالبراءة لأنه لايجوز توقيع عقوبة إلا بناء على نص إذ نصت المادة ٦٦ من الدستور على أن : "العقوبة شخصية. ولاجرمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون إلخ " .

ولأن النصوص الجنائية لايجوز التوسع فى تفسيرها، وليس معنى ذلك أنه يجب التضييق فى تفسيرها إلى حد الوقوف عند معناها اللفظى أو معنى العبارة ، وإنما معناه أنه يجب فى تفسيرها البحث عن حقيقة قصد المشرع من واقع عبارته وفحواها وعدم مجاوزته، وكذلك الأمر بالنسبة إلى النصوص المدنية الاستثنائية .

أما فى المواد المدنية الأخرى ، فيجب الامتناء إلى حكم القانون، عن طريق القياس.

والقياس هو إعطاء حكم منصوص عليه لفرض آخر لاتحاد علة الحكم فى الفرضين ، فهو يفترض بالضرورة أركاناً ثلاثة : فرضاً

أعطاء المشرع حكما معينا ، وقرضا لم يضع له المشرع حكما ، وتوافر علة الحكم الأول في الفرض الثانى ويقال للفرض الأول "الأصل" أو المقيس عليه ، ويقال للفرض الآخر "الفرع" أو المقيس ولكى يمكن إعطاء حكم الأصل ' فرع يجب أن تتوافر الشروط الآتية ، وهى على طائفتين ، طائفة خاصة بالأصل وأخرى خاصة بالفرع :

١- أن يكون لحكم الأصل علة يمكن إدراكها ، إذ القياس ينبنى على توافر علة حكم الأصل بالنسبة للفرع ، وإذا فإذا لم يتيسر معرفة علة حكم الأصل فلا يمكن القول بتحققها فى الفرع . فمثلا حدد القانون سن الرشد بإحدى وعشرين سنة وهو تحديد لايمكن إدراك علقته على وجه التعيين . ومن ثم لايمكن القياس على هذا الحكم .

٢- ألا يكون حكم الأصل خاصا به لأنه لو كان خاصا به فإن هذا الاختصاص يفيد أن حكم الأصل أمر استثنائى وليس متفقا مع القواعد والأصول . والاستثناء لايقاس عليه ولايتوسع فى تطبيقه ، أو كما يقول فقهاء الأصول " ما ورد على خلاف القياس فعليه لايقاس " .

٣- أن يكون الفرع مساويا للأصل فى علة الحكم . فإذا لم يكن كذلك كان هناك فارق بين الإثنين فيمتنع القياس . ومن المعلوم أن القياس مع الفارق غير جائز .

٤- ألا يكون قد نص على عدم خضوع الفرع لحكم الأصل، إذ حينئذ يصطدم القياس مع نص صريح مع أنه لايجزى إلا عند عدم وجود نص^(١) .

٦٩ - صور القياس :

القياس ما هو إلا دلالة المفهوم ، والمفهوم قد يكون مفهوم موافقة أو مفهوم مخالفة .

(أ) مفهوم الموافقة :

مفهوم الموافقة يفترض وجود نص تدل عبارته على حكم واقعة لعلية اقتضت هذا الحكم ، ووجود واقعة أخرى تساوى هذه الواقعة فسى علة الحكم أو أولى منها ، وسمى هذا المفهوم بمفهوم الموافقة لأن حكم الفرع يوافق حكم الأصل .

- وفي هذه الصورة يثبت حكم النص للواقعة الأخرى .

وإن مفهوم الموافقة له حالتان ، الأولى تساوى العلة أو اتحادها في الأصل والفرع ، والثانية ظهور العلة في الفرع عنها في الأصل .

(١) نعمان جمعه ص ٢٦٤ وما بعدها .

الصورة الأولى :

القياس العادى :

إذا تساوت العلة أو اتحدت فى الأصل والفرع سُمى القياس بالقياس العادى .

فالقِياس يَتَحَقَّقُ هنا حين تتوافر علة الحكم للفرع بنفس القدر الذى توافرت فيه بالنسبة للأصل .

ومثال ذلك ما يأتى :

١- ما تقضى به المادة ٦٩٧ مدنى من أنه : " لا يفسخ عقد العمل بوفاء رب العمل " فهذه المادة لم تتكلم عن الحالة التى يحجر فيها على رب العمل لجنون أو عته ، ومع ذلك فيشملها حكم النص بمفهوم الموافقة لاتحاد العلة .

٢- ما تنص عليه المادة ٧١٩ مدنى من أن :

" المودع عنده لايجوز له أن يستعمل الوديعة إلا بإذن المودع.." فيفهم من هذا النص بطريق مفهوم الموافقة أنه لايجوز له أن يرهن الوديعة أو يقوم باستغلالها .

الصورة الثانية :

القياس من باب أولى :

وهى الصورة التى تكون فيها علة الحكم فى الفرع أوضح من توافرها فى حالة الأصل ومن ثم يكون من الأولى تطبيق الحكم على الفرع .

ومن الأمثلة على ذلك ما يأتى :

١- ما يستفاد من نص المادة ٢٣٧ عقوبات ، الذى يقرر أن :
"من فاجأ زوجته حال ثلبسها بالزنا وقتلها فى الحال هى ومن يزنى
بها يعاقب بالحبس (أى عقوبة الجنحة) بدلا من العقوبة المقررة
فى المادتين ٢٣٤ ، ٢٣٦ " أى بدلا من عقوبة الجناية " - من أن
الزوج لو ضرب زوجته فى هذه الحالة ضربا أحدث بها عاهة
مستديمة تعتبر جريمته جنحة لا جناية لأن هذا أولى من القتل
بالتخفيف .

٢- ما يستنبط من نص المادة ١١٤١ فقرة أولى (ج) من التقنين
المدنى الذى يقرر حق امتياز عام للنفقة المستحقة فى ذمة المدين
لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة . من أن نفقة الزوجة أيضا ، وهى
لاتدخل فى مدلول لفظ الأقارب بمعناه الاصطلاحي ، تكون
مضمونة بامتياز عام على جميع أموال زوجها لأن نفقة الزوجة
أولى بالامتياز من نفقة الأرقاب .

٣- ما تنص عليه المادة ٢٧٤ عقوبات من أن المرأة المتزوجة
التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لاتزيد على سنتين لكن
لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت .
فيفهم من دلالة هذا النص أن للزوج أن يطلب إيقاف السير فى
دعوى الزنى قبل الحكم فيها ، لأن من ملك وقف تنفيذ الحكم بعد
صدوره ملك الأول وهو وقف إجراءات الدعوى .

٧٠- (ب) مفهوم المخالفة :

يفترض مفهوم المخالفة وجود نص على حكم فى محل مقيد بقيد، فيكون المحل الذى تحقق فيه القيد هو منطوق النص ، والذى انتفى عنه القيد هو مفهومه المخالف . وتكون للنص دالتان: دلالة على حكمه فى منطوقه ، ودلالة على خلاف هذا الحكم فى مفهومه المخالف ^(١).

ومثال ذلك :

١- ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٩٣ منى من أنه : " إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد " . فالحكم المستفاد من عبارتها هو عدم جواز العدول عن الإيجاب ، ومحل الإيجاب مقيدا بأن يكون محددا فيه ميعاد للقبول . فإذا انتفى هذا القيد ، كان المفهوم المخالف هو الإيجاب الذى لم يعين فيه ميعاد للقبول ، وحكمه عكس حكم المنطوق أى جواز العدول عنه .

٢- ما تنص عليه المادة ٤٣٧ منى من أنه : " إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ... " والاستنتاج بمفهوم للمخالفة يقودنا هنا إلى القول بأنه إذا

(١) سليمان مرقس ص ٢٥٠ - أحمد سلامة ص ٢٠٤ .

هلك المبيع بعد التسليم فإن البيع لا يفسخ ولا يرد الثمن إلى المشتري، فحكم فسخ البيع ورد الثمن إلى المشتري مرتبط بعدم التسليم إلى المشتري . أما لو كان التسليم قد تم فإن الشرط لن يتوافر وبالتالي يثبت للحالة المسكوت عنها عكس حكم الحالة المنصوص عليها^(١).

ويراعى أن الاستدلال بمفهوم المخالفة كثير الخطورة ، لأن حكم المنطوق قد يكون وارداً على سبيل التمثيل أو إشارة إلى حكمة خاصة لا يتوافر عكسها في المفهوم المخالف ، فلا يصح الأخذ به .

ومثل ذلك أن ما تنص عليه المادة ٤٢١ مدني من أن البيع بشرط التجربة يعتبر معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع ، فلا يصح أن يفهم منها أن البيع على أي شرط آخر كشرط المذاق مثلاً أو شرط الرؤية يكون بيعاً باتاً ولا يعتبر معلقاً على شرط واقف .

وكذلك المادة ٦٣١ مدني التي تنص على أن لاتصح إجارة الوقف بالغبين الفاحش إلا إذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذي له ولاية التصرف في الوقف ، فتجوز إجارته بالغبين الفاحش في حق نفسه لا في حق من يليه من المستحقين ، فإن حكم مفهومها المخالف بطلان إجارة الوقف التي تصدر بغبين فاحش من ناظر

(١) نعمان جمعه ص ٢٦٩ .

ليس هو المستحق الوحيد . ولكن الواقع أن المشرع لم يقصد حكم البطلان في هذه الحالة ، وإنما قصد أن الإجارة تكون صحيحة على أن يلزم للمستأجر بتكملة الأجرة إلى أجرة المثل ^(١).

٢١ - المبادئ والنظريات العامة للقانون المصري :

إذا استعصت على القياس الحالة المعروضة على القاضى ، وجب عليه أن يرتفع فوق النصوص درجة أخرى ليستتبط منها المبادئ الأساسية التى قامت عليها ، أو ليبنى على أساسها نظرية عامة تتسع لشمول الحالة المسكوت عنها فى جنباتها . وسبيله إلى ذلك عقله وقواعد المنطق . ويمكن القول إلى حد ما أن القاضى يشرع فى هذه الحالة ، أى أنه ينشئ القاعدة القانونية إنشاءً ، ولكنه ليس مطلق الحرية فى هذا الإنشاء ، ولا يجوز له أن يتخذ وسيلة لجعل آرائه الشخصية قواعد قانونية إلا بالقدر الذى تتفق به هذه الآراء مع المبادئ التى يمكن استخلاصها من النصوص التشريعية باعتبار أنها المبادئ التى صدر عنها المشرع .

وهذا العمل الإنشائى يمر بمرحلتين : مرحلة استنباط ومرحلة تقريع ، ففي الأولى يرتفع القاضى فوق النصوص القائمة ليستتبط منها المبدأ العام صعوداً ، وفى الثانية يفرع على هذا المبدأ قواعد ينزل بها لتطبيقها على الحالة المسكوت عنها .

(١) سليمان مرقس ص ٢٥٢ .

ويبين من ذلك أن القول بأن القاضى يشرع فى هذه الحالة لو أنه ينشئ القاعدة القانونية إنشاء قول فيه كثير من التجوز ، إذ الواقع أن القاضى لا يخلق القاعدة القانونية خلقا ، وإنما يقتصر دوره على استنباط قاعدة معينة من القواعد والمبادئ المقررة فى القانون الوضعى (١).

ومن أمثلة ذلك فى القانون المدنى القديم نظرية الاشتراط لمصلحة الغير التى بنتها المحاكم على أساس المادة ١١٢١ مدنى فرنسى .

فإن هذه المادة تنص على أن العقد لا يفيد أجنيا عنه إلا أن يكون أحد المتعاقدين قد اشترط لنفسه ولأجنبى فى الوقت ذاته أو يكون العقد هبة مقترنة بشرط لمصلحة الغير .

وقد ارتفعت المحاكم من هذا النص - فيما استثناء - إلى المبدأ العام الذى لا بد أن يكون المشرع قد صدر عنه فى هذا النص وهو مبدأ جواز الاشتراط لمصلحة الغير ، ثم فرعت على هذا المبدأ أحكام عقد التأمين لمصلحة الغير .

غير أنه يجب فى الأخذ بهذه الطريقة مراعاة غاية الحذر من الاسترسال مع قواعد المنطق التى تحمل المفكر على أن يحلق بعقله فى القضاء بعيدا عن ظروف الحياة العملية . فيستببط النتائج من

(١) سليمان مرقس ص ٢٧٣ - محمد على عرفه ص ١٩٦ وما بعدها .

مقدماتها بطريقة آلية حسابية بقطع النظر عما يترتب عليها من أثر في هذه الحياة . إذ أن القانون هو قبل كل شيء تنظيم للحياة العملية على الوجه الذى يحقق الخير العام ، فيجب أن ينزل المنطق القانونى فيه على حكم الاعتبارات العملية وأن يضع نفسه فى خدمتها ، لا أن يعتبر نفسه حاكما بأمره بفرض قواعده على الناس دون التفات إلى ما يلائم حاجتهم^(١) .

(١) سليمان مرقس ص ٢٧٥ .

(المصير الثاني من مصادر التشريع) (العرف)

٧٢- المقصود بالعرف :

العرف هو اطراد سلوك الأفراد على اتباع سلوك معين أو سنة معينة لاعتقادهم بأن هذا السلوك أو هذه السنة يجب القيام به لاعتقادهم بأنه سلوك أو سنة ملزم .

فقد يحدث أن يسلك شخص مسلكا معينا إزاء مناسبة معينة ، ويقلده غيره في هذا السلوك حين تعرض له نفس المناسبة ، وهكذا حتى يعتاد المجموع هذا السلوك ويربط بينه وبين مناسباته ، ثم يصبح في الأذهان أن هذا السلوك لاختيار فيه وحينئذ يتكون العرف ، الذي هو اعتياد ملزم ، وهو بهذه المثابة يدخل الجماعة غير مكتوب ومن ثم فقواعده تعتبر من قواعد القانون غير المكتوب ^(١).

٧٣- أركان العرف :

ذكرنا سلفا أن العرف اعتياد يعتقد الناس في ضرورة اتباعه . ومن هنا يبرز ركنان هامين من أركان العرف ، الأول : ركن مادي وهو اطراد العمل بسلوك معين . والثاني : ركن معنوي . يتلخص في الشعور بالإلزام .

ونعرض لهذين الركنين بالتفصيل فيما يلي :

(١) أحمد سلامة ص ١٤١ وما بعدها - رمضان أبو السعود ص ٤٧٥ وما بعدها .

الركن الأول :

الركن المادى :

يقصد بهذا الركن المادى الدلالة على أن العرف إنما يتكون أولاً من العمل بسلوك أو سنة معينة واطراد العمل بهذا السلوك أو هذه السنة وتواتره .

وفى جميع الأحوال فإن تحقق الركن المادى ليس رهنا بإجماع أفراد الجماعة المنشئة للعرف على اعتبار أن الإجماع مستحيل تحقيقه. لذلك يكفى لاكتمال الركن المادى صدوره بأوصافه السابقة من الغالبية العظمى (الساحقة) لأعضاء الجماعة المنشئة للعرف ، وفى هذه الحالة ينسب العرف لكل الجماعة كما أنه يلزم كل أفرادها^(١).

والاطراد يفيد أموراً ثلاثة هى : القنم والثبات والعموم .

أما القنم ، فيتطلب أن تكون قد مضت مدة طويلة على اتباع الناس مسلك أو سنة معينة ، بحيث لا تكون بدعة جديدة أو نزعة غير مستقرة. على أنه ليس هناك حد أدنى يجب أن تبلغه هذه المدة، بل يكفى ألا يتذكر جيل معين متى نبت أول مسلك والأمر متروك

(١) رمضان أبو السعود وهام محمد محمود ص ١٠٠ .

على أية حال لقلضى الموضوع، فهو الذى يقرر أن مسلكا معينا قد استقر فى المجتمع ، وأنه ليس نزعة عابرة^(١) .

ومسألة القدم نسبية أيضا تتعلق بطبيعة العلاقة القانونية ، فمثلا العرف الذى يتكون بخصوص مسألة متعلقة بوراثنة عرش يكفى فيه تكرار سوابق قليلة لأن وراثنة العرش واقعة لا تحصل إلا فى فترات متباعدة ولذا يكفى أن يحصل التكرار فى الحالات التى كان

(١) حسن كيهره ص ٢٧٤ وما بعدها نعمان جمعه ص ٢٠٥ - ويذهب الدكتور محمد على عرفه ص ٦٤ وبعدها إلى أنه يجب التمييز فى هذا الشرط بين نوعين من العرف هما : العام وهو العرف السارى فى جميع أنحاء الإقليم - والمحلى السارى فى جهة معينة من ذلك الإقليم وأن القاعدة فيما يتعلق بالمدة اللازمة لوجود العرف هى أنه إذا كان العرف محليا وجب أن يكون موجودا من عهد لاسبيل إلى تنكره . أما فى حالة العرف العام فليس هناك محل لاشتراط مثل هذا الشرط ، فيكفى أن تكون القاعدة قد استقرت نهائيا بصرف النذر عن مدة مقالها . إذ أن اشتراط الأقدمية فى العرف المحلى مرجعه ضيق المنطقة التى يسود فيها، فى حين أن العرف العام يستمد من مجرد انتشاره حجية تغنى عن اشتراط القدم الأزلى . ويرى أنه لايلزم لكى يكون العرف المحلى قوة ملزمة فى القانون المصرى بقاءه خلال مدة معينة . فلا يلزم من يتمسك بوجود عرف معين إثبات وجوده من عهد لاسبيل إلى تنكره ، بل إنه إن استطاع أن يثبت أنه كان قائما خلال مدة معقولة - ولنقل عشرين سنة مثلا سابقة على وقت رفع الدعوى - فإنه ذلك ينهض دليلا كافيا على قدم عهده يجب أن يثبت الخصم عكسه إن شاء أن ينقضه .

من الممكن مراعاته فيها بحيث يكون دليلا على أن العقيدة أو
الامتناع العام قد تكون^(١) .

وقد لاحظ البعض أن التعادلات للزراعية تحتاج في تكوينها إلى
مدة أطول مما تحتاج إليه التعادلات التجارية^(٢) .

أما الثببات ، فيتحقق بالتكرار والتواتر بما يفيد الاستقرار
والثبات في شأن السلوك المتبع ، بطريقة لا خروج فيها ولا تناقض
من جانب من لهم مصلحة في إنكار العرف .

أما العموم ، فالمقصود به أن يكون المسلك أو السنة مراعاة من
الغالبية الساحقة من الأشخاص الذين يتصور في مجتمع معين أن
يعنيهم الأمر الذي جرى في شأنه هذا المسلك أو هذه السنة . ولا
يقصد بذلك أن تكون العادة شاملة كل البلد ، إذ قد تكون خاصة
بإقليم معين أو بمدينة معينة أو حي واحد أو بطائفة معينة من
الأشخاص أو بأهل حرفة أو مهنة ومع ذلك تتوافر فيها صفة
العموم . فالعادة قد تكون شاملة أو محلية وقد تكون طائفية أي
خاصة بمن يزاولون مهنة أو حرفة معينة^(٣) .

(١) الدكتور محمد طلعت الغنيمي أصول علم القانون طبعة ١٩٥٥ ص ٦٨ .

(٢) رمضان أبو السعود ص ٤٧٩ - سليمان مرقس ص ٢٨٥ هامش (٣) .

(٣) سليمان مرقس ص ٢٨٤ - الدكتور محمد طلعت الغنيمي أصول علم

القانون ١٩٥٥ ص ٦٨ وما بعدها .

الركن الثانى :

الإلزام :

لايكفى لتكون القاعدة العرفية وجودها المادى كسنة يطرد اتباعها فى العمل بل ينبغى لها فضلا عن ذلك وجود ركن معنوى أو نفسى ، بأن يسير الناس على العادة لاعتقاد راسخ لديهم بأنهم ملزمون بالسير عليها وأن عدم سيرهم ينطوى على مخالفة لقاعدة قانونية .

وهذا الاعتقاد لايتكون طفرة واحدة وإنما يأتى بصفة تدريجية وبشكل غير محسوس ، ثم يرسخ فإذ بغالبية الناس تدركه . وهذا ما يجبر اختلاف وجهات النظر حول ما إذا كان هذا الاعتقاد متوافرا أو غير متوافر ، فالمسألة مسألة إحساس ونيت مسألة مادية أم لا أو ترى ، كما يبرر من ناحية أخرى القول فى وقت معين بأن هذا الاعتقاد لم يتكون . ثم القول فى وقت تال عليه بأنه قد تكون . على أنه حيث تتفق الغالبية العظمى على أن هذا الاعتقاد متوافر فإنه لا يكون هناك جدال حول قيام قاعدة عرفية ^(١) .

٧٤ - العادات الاتفاقية :

العادات الاتفاقية ، هى اعتياد الناس فى مجال معين على اتباع حكم معين فى معاملاتهم دون الشعور بالإلزام هذا الحكم . فهى عادة

(١) أحمد سلامة ص ١٤٤ - سليمان مرقس ص ٢٨٧ .

لم ترتفع إلى مستوى العرف أى إلى مستوى القاعدة القانونية ،
ونذلك لعدم توافر العنصر المعنوى . وليس ثمة ما يمنع من تحول
العادة الاتفاقية فيما بعد إلى عرف إن توافر لها العنصر المعنوى،
أى إن ساد الشعور بالزامها ^(١).

وهى تسمى اتفاقية لأنها لا تنتمتع بأية قيمة إلزامية إلا إذا اتفق
عليها الأطراف . وهذا الاتفاق قد يكون صريحا بالنص عليه ضمن
بنود العقد وقد يكون ضمنيا يستدل عليه من ظروف التعاقد . ومن
الظروف التى يستدل بها على الاتفاق انضمامى ، استواء المتعاملين
فى مجال معين وفى منطقة معينة على حكم العادة وكذلك عدم
الاتفاق على خلاف هذه ، تحكم أو عدم تنظيم المسألة التى تحكمها
العادة ... الخ .

ومن أمثلة العادات الاتفاقية ما يجرى عليه التعامل فى بعض
المدن من أن الممتاجر يتحمل ثمن المياه ، وما يجرى عليه التعامل
عند بيع بعض أنواع الفاكهة والمواالح من احتساب المائة مائة
وعشرة أو مائة وعشرين ، وما يجرى عليه التعامل من إضافة
نسبة معينة إلى الثمن على سبيل الوهبة (البقشيش) ، وإن كان

(١) نعمان جمعه ص ٢٠٦ وما بعدها - عبد الرزاق المنهورى وأحمد
حشمت أبو ستيت ص ٩٥ .

البعض يرى أنه فى الحالة الأخيرة لم يعد الأمر مجرد عادة بل إن الشعور بإلزامها قد وجد ، فتحوّلت إلى عرف ^(١).

وتوجز الفروق بين العرف والعادة الاتفاقية فيما يلى :

- ١- العرف قانون يلزم المتعاقدين علما به أو جهلا ، ولا يقبل من الناس الاحتجاج بالجهل بأحكامه إلا بالقدر الذى يقبل فهم بالنسبة للاحتجاج بالجهل بالتشريع ، أما العادة فلا تلزم المتعاقدين إلا إذا اتفقا عليها فى العقد سواء كان الاتفاق صريحا أو ضمنيا .
- ٢- يطبق القاضى العرف من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تمسك أحد الخصوم بمجرد توافر شروطه .

أما العادة الاتفاقية فهى تدخل فى نطاق الوقائع ومن ثم يجب أن يتمسك بها من لم يصنع نية تطبيقها .

وإذ تميزت العادة الاتفاقية عن العرف من حيث أنه يجب لانطباقها أن تتجه إلى الأخذ بها إرادة الطرفين ، فإنه تتميز أيضا عن القاعدة المكملّة فهذه الأخيرة تطبق ما لم يوجد اتفاق يقضى باستبعاد حكمها . ومن ثم فإن شرط تطبيق العادة أمر إيجابى هو أن يتفق الطرفان على الأخذ بحكمها ، فى حين أن شرط تطبيق القاعدة المكملّة أمر سلبى هو عدم اتفاق الطرفين على استبعاد

(٢) أحمد سلامة ص ١٦٢ - محمد طلعت الغنيمى ص ٧٣ .

حكمها . وإذا نحن قلنا إن العادة التى يحيل عليها المشرع وبينها على الرضا المفترض تعتبر عادة وليست قاعدة قانونية ، فإن هذا القول يودى إلى قيام فارق آخر بين العادة والقاعدة للمكاملة ، فتعطى أولوية للتطبيق للأولى متى وجدت . فضلا عن أن العادة تعتبر من الوقائع فيجب إثباتها بينما القواعد المفسرة أو المكاملة قانون لا يحتاج إلى إثبات .

٤- يخضع القاضى فى تقديره لقيام العرف وفى تطبيقه لرقابة محكمة النقض ، إذ يجب أن يبنى القاضى حكمه بوجود العرف أو بنفيه على أسباب سائغة تؤدي إلى النتيجة التى انتهى إليها .

أما العادة فلا تخضع لهذه الرقابة لا فى وجودها ولا فى انصراف نية المتعاقدين إلى الأخذ بحكمها ، فتلك من المسائل التى تتعلق بالواقع . غير أنه لما كانت العادة بمثابة شرط فى العقد ، فإنه متى ثبت رضا الطرفين بالأخذ بحكمها فلا يجوز للقاضى الانحراف عنها (مادة ١٥٠ مدنى) (١).

٧٥- هل يشترط ألا يخالف العرف النظام العام أو الآداب ؟

يشترط ليتحقق للاعتياد مقوماته كركن مادى للعرف ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب فى الجماعة ، وهو ما تطهر أهميته فى خصوص العرف الطائفى . أما العرف الشامل فهو بالضرورة متفق

(١) أحمد سلامة ص ١٦٤ .

والنظام العام باعتبار أن الجماعة التي أنشأته هي التي تساهم في تحديد مضمون النظام العام ولا يتصور أن ينشأ عرف يتعارض مع مآثقه متفقا مع النظام العام^(١).

ولكن قد يترتب على العرف تغير المبدأ الذي يتكون منه النظام العام والآداب . ومثال ذلك شرعية عقد الوساطة في الزواج . فاعتياد الناس عليه أدى إلى تطور النظام العام وتغيير مضمونه . وهذا الوضع يختلف عن بقاء النظام العام على ما هو عليه، ثم اعتياد الناس على مخالفته، فهذا تكون العادة غير مشروعة^(٢).

٢٦- هل يجوز إلغاء العرف للتشريع ؟

تنص المادة الثانية من التقنين المدني الجديد على أنه : "لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع". ومعنى هذا النص أن التشريع لا يلغيه إلا تشريع لاحق سواء كان ذلك الإلغاء صريحا أو ضمنيا .

(١) رمضان أبو السعود وهام محمد محمود ص ١٠٠ وما بعدها - نعمان

جمعه ص ٢٠٥ - محمد طلعت الغنيمي ص ٦٩ .

(٢) نعمان جمعة ص ٢٠٥ .

وجاء بالمذكورة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني فى هذا الشأن : " وغنى عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعى بمقتضى عرف لاحق ^(١) .

فإذا كان العرف لايلغى التشريع ، فلا يجوز له أن يخالفه ، ولا بد له من أن يتقيد به ^(٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لايجوز التحدى بالعرف إلا إذا لم يوجد نص تشريعى".

(طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٩)

وهذا المبدأ مطلق بآية لنصوص التشريع الآمرة ما يحى منها مصالح خاصة ، وما يحى منها مصالح عامة أو مصالح أساسية للدولة على السواء .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج١ ص ١٩٦ .

(٢) محمد على عرفه ص ٦٦ - حسن كبره ص ٢٩١ وما بعدها - أحمد

سلامه ص ١٤٥ وما بعدها .

ولا نقر - مع البعض ^(١) - ما يذهب إليه رأى فى الفقه ^(٢) من جواز مخالفة العرف لنصوص التشريع الأمرة المقصود منها حماية مصالح خاصة لأن مثل هذه النصوص لا تنقل عن النصوص الأمرة الأخرى تعلقاً بالنظام العام فلا يجوز الترخيص فى مخالفتها أو إلغائها إلا بنصوص تشريعية أمره كذلك .

أما ما يراه بعض الفقهاء من جواز مخالفة العرف التجارى خاصة للنصوص التشريعية الأمرة فقول لا يمكن التسليم به على إطلاقه . إذ لا يمكن بحال من الأحوال - والمبدأ هو تقدم مرتبة التشريع على العرف - تبرير مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون التجارى الأمرة ، أيا كان نوع المصالح التى تحميها هذه النصوص . إنما كل ما يمكن تبريره فى هذا الشأن ، هو جواز مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون المدنى الأمر ، إذ الواقع أنه ليس فى ذلك إهدار لمبدأ تدرج المصادر الرسمية للقانون ، أو تغليب للعرف على التشريع . ذلك أن الأمر لا يعدو مجرد تحديد نطاق تطبيق كل من القانون التجارى والقانون المدنى . والقاعدة

(١) حسن كيره ص ٢٩٢ - رمضان أبو السعود ص ٥٠٠ وما بعدها .

(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهورى والدكتور حشمت لوستيت أصول

للقانون ١٩٥٠ ص ٩٣ - سليمان مرقس ص ٣١٧ وما بعدها .

فى هذا الشأن أن القانون المدنى يكمل القانون التجارى عند نقصه ، لأنه هو الأصل العلم ، والقانون التجارى هو الحكم الخاص . فحيث لا توجد قواعد خاصة فى المسائل التجارية ، لا يبقى مناص من الرجوع إلى القواعد العامة فى القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة فى المعاملات الخاصة للأفراد . ووجود عرف تجارى معناه وجود قاعدة قانونية تجارية أى قاعدة خاصة . فلا حاجة مع وجودها إلى تطبيق القواعد المدنية وهى قواعد عامة فى هذا الشأن وذلك عملا بالمادة الثانية من القانون التجارى الجديد التى تنضى فى فقرتها الأولى بأنه : تسرى على المواد التجارية أحكام الاتفاق بين المتعاقدين ، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق ، سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية ، ثم قواعد العرف التجارى والعادات التجارية ، فإذا لم يوجد عرف تجارى أو عادة تجارية وجب تطبيق أحكام القانون المدنى * . وبذلك لا يقوم تنازع بين العرف للتجارى وبين نصوص القانون المدنى ، إذ مع وجود مثل هذا العرف تثبت له الولاية وحده فى مجاله التجارى الخاص نون النصوص المدنية العامة (١) .

(١) حسن كيره ص ٢٩٢ ومابعدها - رمضان أبو السعود ص ٥٠١ ومابعدها -
رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ١٠٦ ومابعدها .

فإذا وجد عرف تجارى ، فلا تقاس مرتبته إذن إلى القانون المدنى- إذ لا محل لتطبيق القانونى المدنى وهو القاعدة العامة عند وجود العرف التجارى وهو للقاعدة الخاصة - وإنما تقاس مرتبته فقط إلى القانون التجارى ، وتظل متأخرة عن نصوصه الأمرة - كما هو المبدأ العام - بحيث لايجوز له مخالفتها أو إلغاؤها .

وعلى أى حال فالمشرع المصرى يصرح فى نصوص مختلفة من التقنين المدنى بتغليب العرف التجارى - فى المجال التجارى- على النص المدنى الأمر . فمن ذلك نصه على عدم اتباع الحكم الذى يحظر تعاقد الشخص مع نفسه دون ترخيص من الأصل إذا وجد ما يخالفه من قواعد التجارة (م١٠٨) وعلى أن حظر تقاضى فوائد على متجمد الفوائد أو مجاوزة مجموع الفوائد على رأس المال ، يكون دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية (م٢٣٢) .

وقد قضت محكمة النقض - بصدد القواعد الآمرة - بأن :

١- " .. وكانت إشارته (أى الحكم) إلى العرف التجارى فى أسبابه لم يكن المقصود منها تغليب هذا العرف على أحكام القانون الآمرة وإنما كان ذلك منه بيانا لما جرى به العرف من التعامل على أساس عقود مماثلة للعقد موضوع النزاع ، دون أن يكون فى ذلك ما يخالف أحكام القانون ، لما كان ذلك فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تكييف العقد ومخالفة القانون يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/٥/٢١)

٢- " ... أما إشارته فى أسبابه إلى العرف للتجارى فلم يكن المقصود منها تغليب أحكام هذا العرف على أحكام القانون الآمرة، وإنما كان ذلك - بعد أن نفى عن العقود وصف الرهن استنادا إلى ما استخلصه من نصوصها- بيانا لما جرى عليه العرف من التعامل على أساس هذه العقود التى تخالف شروطها أحكام القانون، وأنه تنفيذا لهذه الشروط بيع قطن الطاعن بالبورصة حسب السعر

الجارى سيعا لايشوبه أى غش أو تليس ، لما كان ذلك، يكون
النعى على الحكم بمخالفة القانون على غير أساس " .

(طعن رقم ٢٩٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/٥/٢١) (١)

وإذا كان العرف لايملك مخالفة أو إلغاء نصوص التشريع
الأمرة ، فهو يملك مخالفة نصوص التشريع المكملة لإرادة
المتعاقدين (٢) .

إذ هى يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ، فمن باب أولى
يجوز نشوء عرف مخالف لها فى الجماعة . ولذلك يعنى المشرع

(١) وقارن طعن رقم ٦٧ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٤/٦/١٤ إذ جاء به : "إنه
وإن جرى عرف بعض المحاكم بتقدير أتعاب المحاماة التى يستحقها
المحامى قبل موكله إذا لم يكن قد اتفق معه على أتعابه ، فإن محكمة
المنقض لاتستطيع بحكم ترتيبها وانحصار اختصاصها فى تقويم المعوج
من الأحكام المخالفة للقانون أو المخطئة فى تطبيقه أو فى تأويله وأن
تتبع هذا العرف الخاص المخالف للقانون ، فتعد اختصاصها إلى حقوق
جديدة موضوعية صرفة بين المحامى الذى حضر أمامها وموكله فتضلع
بها فحصا وتحقيقا على ما تسير به محكمة الموضوع المختصة ، إذ
ليس هذا من قبيل ما عهد به إليها " .

(٢) حسن كيره ص ٢٩٤ ومابعدا - رمضان أبو السعود ص ٥٠٤
ومابعدا .

بالتبعية ففى كثير من النصوص المكملة إلى أن هذه النصوص لا تسرى إذا وجد عرف مخالف لها . ومن قبيل ذلك ما تنص عليه المادتان ٤٥٦ ، ٤٥٧ من التقنين المدنى من أن الثمن يكون مستحق الوفاء فى المكان والوقت الذى يمل فى المبيع " مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " .

وما تنص عليه المادة ٤٦٤ من أن " نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك " .

وغنى عن البيان أن العرف إذا كان يملك مخالفة نصوص التشريع المكمل ، فلا تحمل هذه المخالفة معنى إلغاء تلك النصوص .

فقيام عرف مخالف لتلك النصوص إنما يحمل محمل اتفاق الأفراد وتراضيه على خلافها . فلا يكون له من الأثر إلا مجرد استبعاد تطبيقها دون الامتداد إلى إلغائها ، إذ العرف - كما رأينا سلفا - لا يملك إلغاء التشريع باعتباره أدنى مرتبة منه .

٧٧- دور العرف فى النظام القانونى :

العرف قد يكمل التشريع وقد يعاونه وقد يعارضه ونعرض لذلك فى التفصيل فيما يلى :

(أ) العرف المكمل للتشريع :

هذا هو الدور الذى حدثته المادة الأولى من القانون المدنى إذ قضت بتطبيق العرف إذا لم يوجد نص فى التشريع وهو ما عبرت عنه مذكرة المشروع التمهيدى بقولها : " الواقع أن العرف هو المصدر الذى يلى التشريع فى المرتبة ، فمن الواجب أن يلجأ إليه القاضى مباشرة إن افتقد النص " . وإن فالعرف يكمل النقص فى أحكام التشريع سواء كان هذا النقص مقصودا أم غير مقصود ، فقد يمتنع المشرع عمدا عن وضع حل لمسألة معينة ويترك العرف يحكمها . وقد يكون هذا الترك سهوا يتأتى عن عدم تنبه المشرع إلى مسألة معينة ، كما يحدث أن تجد مسألة بعد صدور التشريع فلا يكون فى مقدور المشرع أن يعالجها . وواضح أنه فى كل هذه الفروض لا مناص من الالتجاء إلى العرف لتكمل أحكامه ما نقص فى أحكام التشريع .

ومن الأمثلة التى تعتمد فيها المشرع ترك مسألة لحكم العرف ما تنص عليه المادة ٢٣٣ مدنى من أن : " الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات ، ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف للتجارى " (١) .

(١) أحمد سلامة ص ١٤٩ ومابعدها .

على أن النقص في التنظيم التشريعي لا يتأتى بنفس الدرجة في كافة فروع القانون ، ومن ثم فإن دور العرف - وهو مرتبط بهذا النقص - قد يتزايد في فروع ويتضاءل في فروع أخرى . وذلك على التفصيل التالي :

١- فروع القانون الدولي العام :

بالنسبة للقانون الدولي العام ، يحتل العرف مكانة كبرى ، ويعتبر أهم مصادره الرسمية . وذلك لعدم وجود سلطة مشرعة تعلو الدول فإن هذه الدول تسير في معظم الأحيان على القواعد العرفية .

ويتكون العرف الدولي من اضطراد سير للدول في علاقاتها المتبادلة على نحو معين أى على مسلك معين . وطالما كان هذا المسلك عاما ، التزمت الدول في الجماعة الدولية بالسير على مقتضاه وأصبح ملزما لها .

وقد نصت على ذلك المادة ٣٨ من قانون محكمة العدل الدولية بقولها : " العادات الدولية المرعية تعتبر قانون دل عليه تواتر الاستعمال ^(١) .

٢- القانون الدستوري :

يتضاءل الدور الذي يلعبه العرف في القانون الدستوري للبلاد التي يكون دستورها جامدا ، كما هو الحال في مصر . وذلك بعكس

(١) رمضان أبو السعود ص ٥١١ .

بعكس البلاد ذات الدستور المرن فإن دور العرف يعتبر دورا رئيسيا ومثال ذلك انجلترا إذ يعتبر العرف مصدرا رئيسيا للقانون الدستوري . ومن أمثلة ذلك في مصر ، ما كان يبرر به بعض الفقهاء حق السلطة التنفيذية في إصدار لوائح للضبط والبوليس في ظل دستور سنة ١٩٢٣ بوجود عرف يخولها ذلك .

وما كانت تنص عليه المادة ٤٣ من دستور ١٩٥٦ التي تحمي حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقا للعادات المرعية في مصر على ألا يخل ذلك بالنظام العام أو ينافي الآداب .

٣- القانون الإداري :

يعتبر العرف مصدرا رسميا للقانون الإداري يتلو التشريع في المرتبة .

ويقصد بالعرف الإداري هنا ، ما جرت عليه جهات الإدارة في علاقاتها ببعض أو مع الأفراد ، واطرد سيرها عليه . ويعزى ذلك إلى أن قواعد هذا الفرع غير مقننة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن العرف إنما يعتد به إذا لم يكن ناشئا عن خطأ في فهم القانون . والعرف الإداري تعبير اصطلاح على إطلاقه على الأوضاع التي درجت الجهات الإدارية اتباعها في مزولة نشاط

معين لها . وينشأ من استمرار الإدارة التزامها لهذه الأوضاع والسير على سنتها في مباشرة هذا النشاط ، أن تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الاتباع ما لم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة . ويشترط لاعتبار العرف ملزماً للإدارة أن يتوافر شرطان (١) أن يكون العرف عاماً وأن تطبقه الإدارة بصفة دائمة بصورة منتظمة، فإذا أغفل هذا الشرط فلا يرتفع العمل الذي جرت علي مقتضاه الإدارة إلى مستوى العرف المزم للإدارة (٢) ألا يكون العرف قد نشأ مخالفاً لنص قائم . وقد نص الشارع على العرف كمصدر رسمي للقانون غير أنه من حيث تدرج القاعدة القانونية يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع . ومن ثم فلا يجوز للعرف أن يخالف نصاً قائماً . ويندرج تحت ذلك أن العرف الناشئ من خطأ في فهم القانون لا يمكن التعويل عليه " .

(طعن رقم ١١٧٧ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٦٢/٢/٢٤)

٤- القانون الدولي الخاص :

من الملاحظ أن معظم قواعد القانون الدولي الخاص قد نشأت نشأة عرفية قبل أن تصدر في شكل تشريعات داخلية .

ومن أمثلتها القاعدة التي تقضى بخضوع شكل العقد لقانون بلد الإبرام ، وقاعدة خضوع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفى .

والعرف قد يكون داخليا ، وقد يكون دوليا ، فالقاضي إذا لم يجد نصا فى التشريع كان عليه أن يرجع إلى العرف الداخلى ، فإن لم يجد فيرجع إلى العرف الدولى ، وهو العرف المستقر فى كثير من الدول والذى يشهد به قضاؤها الوطنى أو القضاء الدولى .

وقد أقر المشرع المصرى صراحة الرجوع إلى العرف الدولى فى مسائل القانون الدولى الخاص حين نص فى المادة ٢٤ مدنى على أن : " تتبع فيما لم يرد فى شأنه نص فى المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولى الخاص " (١) .

٥- القانون التجارى :

بالرغم من كثرة التشريعات الصادرة فى المواد التجارية ، فلا يزال للعرف أهمية خاصة فى القانون التجارى تتجاوز أهميته فى أى فرع آخر من فروع القانون ، وذلك لقصور هذه التشريعات - برغم كثرتها - عن الإحاطة بتنظيم كل العلاقات التجارية ، ويرجع ذلك إلى كثرة هذه العلاقات وتنوعها وتجديدها وتطورها . كما أن النصوص التجارية قد تتحى أحيانا قصدا عن تناول بعض المسائل تاركة إياها للعرف .

ومن أمثلة القواعد العرفية التجارية ، افتراض التضامن بين المدنيين ، فيكون للدائن فى المعاملات التجارية مطالبة أى واحد

(١) رمضان أبو السعود ص ٥١٠ ومابعدا .

من المدنيين بكل الدين ، وهذا العرف التجارى يخالف المقرر فى المعاملات المدنية من أن التضامن لايفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (م ٢٧٩ مدنى) .

وكذلك جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد فى الحساب الجارى وتجاوز مجموع الفوائد رأس المال ، وذلك خلافا للمقرر فى شأن المعاملات المدنية من حظر ذلك (م ٢٣٢ مدنى) .
وكذلك مبدأ تطهير النفوع واستقلال التوقيعات فى الأوراق التجارية .

وكذلك الاكتفاء بإنذار المدين بخطاب عادى بدلا من ضرورة إعداره بورقة من أوراق المحضرين .

٦- قانون العقوبات :

ليس للعرف فى قانون العقوبات - بوصفه مصدرا رسميا- أننى نصيب نظرا لاحتكار التشريع حق تقرير الجرائم وفرض العقوبات ، إذ يقضى مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات حصر مصادر التجريم والعقاب فى نصوص القانون : فتحديد الأفعال التى تعد جرائم وبيان أركانها وتحديد العقوبات المقررة لها سواء من حيث نوعها أو مقدارها ، كل ذلك من اختصاص الشارع وليس للقاضى شأن فى ذلك، وكل ما له هو تطبيق ما يضعه الشارع من نصوص فى هذا الشأن .

وتحرص الدساتير عادة على النص على هذا المبدأ ، كالدساتير المصرية المتعاقبة - تأكيداً وكفالة للحريات العامة . وهو ما يقرره الدستور القائم في المادة ٦٦ منه التي تنص على أنه : " لاجريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون " (١).

وعلى ذلك فعند خلو التشريع من نص يقضى بتجريم فعل والعقاب عليه لا يكون أمام القاضي إلا تبرئة المتهم دون أن يملك الالتجاء إلى العرف لسد نقص التشريع والعقاب بالتالي على الفعل المرتكب .

ولئن كان العرف لا يملك تقرير جريمة أو فرض عقوبة ، فإنه حيث يوجد نص تشريعي بالعقاب على الجريمة يكون الالتجاء إلى العرف مقصوراً على سبيل الاستئناس بصفته معينا على تفسير النص وتحديد مضمونه أى بصفته مجرد مصدر تفسيري (٢).

وفي هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

" لاجدوى من القول بأنه لا توجد لوائح تقضى بأن يلتزم سائق السيارة السير على اليمين فى اجتياز الميادين ويدور حولها ، فإن العرف جرى بأن يلتزم سائقو للسيارات الجانب الأيمن من الطرق

(١) محمود نجيب حسنى ص ٧٨ وما بعدها .

(٢) حسن كيره ص ٢٩٧ .

دائما . ومخالفة هذا العرف تتحقق بها مخالفة لائحة السيارات إذ هذه اللائحة تنص على أنه لايجوز سوق السيارات بسرعة أو بكيفية ينجم عنها بحسب ظروف الأحوال خطر ما على حياة الجمهور أو ممتلكاته .

(طعن رقم ٢٩٤ لسنة ١٨ قى جلسة ١٩٤٨/٤/٦)

ومن ذلك يتبين وجود نص تشريعى بالتجريم والعقاب هو نص لائحة السيارات ، وما كان رجوع محكمة النقض إلى العرف إلا لتفسير هذا النص وتحديد للكيفية التى ينجم عن السوق بها خطر على حياة الجمهور أو ممتلكاته . ذلك السوق الذى تعاقب عليه هذه اللائحة . ومن هنا لم يكن للرجوع إلى العرف من جانب محكمة النقض رجوعا إليه بوصفه مصدرا رسميا منشئا لجريمة أو فارضا لعقوبة أصلا^(١).

ولئن كان العرف لايجوز أن يكون مصدرا لقاعدة من قواعد التجريم ، إلا أنه يصلح أن يكون مصدرا لقواعد الإباحة^(٢).

٧- القانون المدنى :

ليس للعرف نصيب وافر فى القانون المدنى ، وإن كانت النصوص التشريعية تحيل عليه أحيانا .

(١) حسن كبره ص ٢٩٧ هامش (٣) .

(٢) راجع فى التفصيل الدكتور محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الثالثة ١٩٥٥ ص ٨٤ ومابعدها .

ومن أمثلة العرف فى العلاقات المدنية ما يأتى :

١- أن أثاث منزل الزوجية ملك للزوجة المسلمة ، وذلك على اعتبار ما جرى عليه العمل فى مصر - بالنسبة لزواج المصريين - من قيام الزوجة بتجهيز أثاث منزل الزوجية من مهرها (وهو ملك لها) أو من مال والديها أو من مالها الخاص .

ومع ذلك فهذه قرينة بسيطة حيث يجوز للزوج أو لغيره من نوى المصلحة إثبات عكسها ^(١).

٢- أن المرأة تظل محتفظة بلقب أسرتها بعد الزواج ، دون أن تكتسب حق استعمال لقب الزوج . بينما يجرى العرف فى كثير من الدولة الغربية وخاصة فى فرنسا - على اكتساب الزوجة - إلى جوار لقبها الأسمى - لقب الزوج بمجرد الزواج ^(٢).

٣- أن الاتفاق بين المصريين على أن تقدم الزوجة "نوبة" أى بئسنة تسلم إلى الزوج عند الزواج للانتفاع بغلتها فى تحمل أعباء الحياة الزوجية هو اتفاق نو طابع مالى، ومن ثم يخضع لحكم القواعد العامة ولما تتصرف إليه لإرادة عاقله والعرف الجارى بين أفراد الطائفة التى ينتسبون إليها ، فيما لا مخالفة فيه لقواعد النظام العام .

(١) رمضان أبو السعود ص ٥٠٨ - حسن كيره ص ٢٩٦ .

(٢) حسن كيره ص ٢٩٦ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٢/٦/١٩٥٢ فى الطعن رقم ١٠٢ لسنة ١٩ ق بأن :

" الاتفاق بين المصريين على أن تقدم الزوجة "دوطة" بئنة ،
تسلم إلى الزوج عند الزواج للانتفاع بغلتها فى تحمل أعباء الحياة
الزوجية هو اتفاق ذو طابع مالى، ومن ثم يخضع لحكم القواعد
العامة ولما تنصرف إليه إرادة عاقيه والعرف الجارى بين أفراد
الطائفة التى ينتسبون إليها ، فيما لامخالفة فيه لقواعد النظام العام،
وإذن فمتى كان العرف بين أفراد الطائفة التى ينتسب إليها
المتخاصمان على فرض جواز تطبيقه بلا قيد ، يقضى حسبما يبين
من أوراق الطعن بعدم قبول دعوى الزوج بخصوص الدوطة بعد
مضى أكثر من عشر سنوات من وقت انعقاد الزواج ، وكان
المطعون عليه قد تسلم من الطاعنة المبلغ المطالب به بعد انعقاد
الزواج بأكثر من عشر سنوات ، فإن اعتبار الحكم المبلغ المذكور
مع ذلك ، من البائنة دون الاعتبار بدلالة اللوصولات الصادرة من
المطعون عليه وحقيقة ما اتجهت إليه إرادة الطرفين فى هذا
الخصوص، هو قصور يعيبه ويستوجب نقضه ، كما يعيبه قصور
آخر إذ أغفل الاعتبار بما جاء بعقدى شراء العقارين من أن
الطاعنة كسبت بها ملكية النصف فيهما خالية من أى قيد ذلك بأن
انتقال الملكية فى العقار وكذا إنشاء أى حق عينى عقارى لا يكون إلا

بالتسجيل . ولما كان الحكم قد اطرح هذا الأصل استنادا إلى أن ما تملكه الطاعنة في العقارين يعتبر جزءا من البائنة وأن للمطعون عليه حق حبس حصتها فيهما وحق الانتفاع بغلتهما مدى قيام الحياة الزوجية دون أن يعتد بدلالة العقدين المشار إليهما ودون أن يكون لقضائه سند من القانون أو من عقد مسجل منشئ للحقوق المقضى بها ، لما كان ذلك كان الحكم باطلا بطلانا يستوجب نقضه " .

٤- ما قضت به محكمة ملوى الجزئية بتاريخ ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤١ بأنه من المسلم أنه في حالة عدم النص أو غموضه يجب تطبيق مبادئ العدالة المطلقة . وتطبيقا لهذه القاعدة وتمشيا مع العرف الذى له أيضا قيمته ، يجوز للمهدى في حالة عرس أو مآتم أن يطالب من أهده برد مقابل ما أهده له في هذه الظروف^(١) .

٥- جرى القضاء فى مصر على وجود نيابة ضمنية من الزوجة لزوجها فى إدارة أملاكها وتصريف شئونها ، وقد تأثرت المحاكم فى هذا ولاشك بما جرت به العادة فى مصر من تسليم الزوجة دفعة أمورها إلى الزوج الذى يدير ثروة زوجته بالنيابة عنها.

(١) راجع فى هذا أيضا سليمان مرقس ٣١٢ - رمضان أبو السعود ص

إلا أن محكمة النقض ذهبت في قضائها إلى أن مجرد قيام علاقة الزوجية لا ينهض دليلا على إنابة الزوجة للضمنية لزوجها ما لم يتم في وقائع الدعوى ما يسوغ القول بوجود تلك الإنابة، أى أنها أوجب أن يقوم عليها الدليل ، وتركت تقدير وجود هذه الوكالة الضمنية لتقدير القاضى (أنظر نقض طعن رقم ٤٢ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٣/٦ ، ٣٧٣ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١١/٤ ، ٢٠٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٥ المنشور فى مجلد عقد الهبة - عقد الصلح - عقد الوكالة) .

(ب) العرف المعاين للتشريع :

وهنا يلجأ إلى العرف عند تطبيق التشريع ، فيكون نص التشريع موجودا ، ولكن هذا النص يأتى مقتضبا فيستعان بالعرف لضبط تطبيق النص فيقال إن التشريع يدعو العرف لمعاونته . فقد يحدث فى الصياغة المرنة أن يترك المشرع ضبط ألفاظها أو حتى ضبط الفكرة ذاتها إلى العرف . وقد يحدث أن يلزم المشرع القاضى بالاعتراف على إرادة المتعاقدين ويصرح له فى ذلك بالاستعانة بالعرف .

ومن أمثلة معاونة العرف التشريع لضبط لفظ معين ما تنص عليه المادة ٢/١٤٨ منى ، فهى تقول : " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه . ولكن يتناول أيضا ما هو من

مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".
ولاشك أن كلمة " مستلزماته" كلمة مرنة ترك التشريع تحديدها
للعرف الذى يحدد مستلزمات الشئ فى كل حالة على حدة .

وكذلك ما تنص عليه المادة ٤٣٢ مدنى من أنه : " يشمل
التسليم "تسليم المبيع" ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة
لاستعمال هذا الشئ وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف
الجهة وقصد المتعاقدين " . فهنا يساعد للعرف فى تحديد "ملحقات
البيع " وفى تحديد " ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ " (١).

وفى بعض الأحيان تكون عبارة العقد غامضة وهنا يتولى
القاضى تفسيرها وهو فى تفسيره يجب أن يتعرف على النية المشتركة
للمتعاقدين ويصرح له القانون أن يهتدى فى ذلك بحكم العرف إذ
تنص المادة ٢/١٥٠ مدنى على أن : " أما إذا كان هناك محل
لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون
الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة
التعامل ، ومما يتبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين .
وفقا للعرف الجارى فى المعاملات " .

(١) رمضان أبو السعود وهام محمد محمود ص ١٠٨ وما بعدها - أحمد

ولعل الفرق قد وضح بين العرف المكمل والعرف المعاون .
ففى الأول ينظم العرف مسألة برمتها لعدم وجود نص فى التشريع .
أما فى الثانى فإن النص يوجد والعرف يضبط تطبيقه .

(ج) العرف المخالف للتشريع :

المقصود بالعرف المخالف للتشريع هنا ، هو العرف الذى
يفضل حكمه على حكم التشريع ، وهو الذى جرى الفقه على
تسميته بالعرف المخالف للتشريع . فمجاله عندما تشتط القاعدة
التشريعية لتطبيقها عدم وجود قاعدة عرفية مخالفة . فعند وجود
عرف مخالف فإن له أولوية للتطبيق ، لا لأنه يتمتع بمرتبة أعلى
من مرتبة التشريع ولكن لسببين أولهما : أن هذه الأولوية أمر
المشرع فالقاعدة التشريعية هى التى قضت بتفضيل العرف . أى أنه
حتى فى هذه الحالة فإن العرف يؤدى دوره فى نطاق التشريع وفى
حدوده .

ثانيهما : أن القاعدة التشريعية لا تنطبق ، لأن شرطاً من شروط
تطبيقها لم يتوافر . هذا الشرط هو عدم وجود عرف مخالف . فعدم
تطبيق القاعدة التشريعية لا يرجع إلى أفضلية العرف ، وإنما لعدم
توافر شرط من شروط تطبيقها ، فلا محل للتنازع بين قاعدتين
إحداهما تشريعية والأخرى عرفية^(١) .

(١) نعمان جمعه ص ٢١٢ - أحمد سلامة ص ١٥٤ .

وتطبيق القاعدة العرفية يكثر فى نطاق القواعد المكملّة ، وإن كان يوجد أيضا فى نطاق القواعد الآمرة .

ففى نطاق القواعد المكملّة قد يضع المشرع حكما يمثل القاعدة العامة ويترك للعرف أن يحدد الاستثناءات التى ترد عليها ، كما أنه قد يصرح باستبدال القاعدة العرفية بالقاعدة التشريعية . ومثال الحالة الأولى ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدنى من أنه يكون البائع ملزما بالضمان ... أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ أو الغرض الذى أعدله . فهذه الفقرة تضع القاعدة العامة فى ضمان العيوب الخفية التى توجد بالمبيع . ثم تأتى المادة ٤٤٨ لتقرر أن البائع لا يضمن عيبا جرى العرف على التسامح فيه .

ومثال الحالة الثانية ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٥٦ مدنى من أنه : " يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " . وإذن فإذا لم يتفق الطرفان على تحديد الوقت الذى يدفع فيه الثمن فإنه يدفع فور العقد ما لم يكن هناك عرف قد جرى على أن يدفع بعد ذلك أو قبله .

وفى نطاق القواعد الآمرة قد يصرح المشرع أيضا بأن تعطى الأولوية فى التطبيق لحكم القاعدة العرفية . ومن ذلك ما تنص

عليه المادة ٢٣٢ منى من أنه^(١) : " لايجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولايجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " . وإذن فإذا اقتضى العرف التجارى أن تزيد الفوائد على رأس المال أو أن تقتضى فوائد على متجمد الفوائد فإن حكم العرف التجارى هو الذى يطبق على العلاقات التجارية .

٧٨- إثبات العرف :

الرأى الراجح أن العرف كالتشريع يعتبر قاعدة قانونية ، والمفروض أن القاضى يعلم بها وعليه أن يطبقها من تلقاء نفسه ، ولايسوغ له أن يتخذ من عجز المدعى عن الإثبات دليلا على عدم قيام القاعدة العرفية .

غير أنه ينبغى التسليم بأن معرفة التشريع أيسر على القاضى من معرفة العرف، إذ التشريع نصوص مدونة فى وثائق معلومة ومنشورة . بينما العرف لايعدو أن يكون مجرد معنى يستخلص مما يجرى عليه العمل فى الجماعة كسنة ملزمة . مما يتعذر معه إلزام القاضى بالإحاطة بها إحاطة كاملة ، خاصة وهو غالبا عرف محلى أو طائفى يختلف باختلاف الجهات واختلاف الطوائف . من أجل ذلك يكون للقاضى أن يتوصل بكل الطرق الموصلة إلى

(١) أحمد سلامة ص ١٥٤ ومابعدها .

الوقوف على العرف ، فله أن يكلف الخصم الذى يدعى وجود قاعدة عرفية ويطالب بتطبيقها فى موضوع النزاع ، القيام بإثبات وجودها وتحديد مضمونها ، بل الغالب فى العمل أن يبادر هذا الخصم فيقوم بإثبات وجود القاعدة العرفية التى يدعيها دون انتظار لتكليف القاضى له بهذا الإثبات^(١) .

ويلاحظ أن محل الإثبات فى هذه الحالة وجود قاعدة قانونية جرى بها عرف معين ، فلا يجوز التعويل فيه على الإقرار أو اليمين لأن القواعد القانونية لا تثبت من طريقهما ، وإنما يجوز إثبات العرف من طريق إثبات السوابق العملية أو السوابق القضائية أو عن طريق شهادة أشخاص ذوى خبرة بما يجرى عليه العمل فى نوع العلاقات المدعى نشوء العرف بشأنها^(٢) .

ويكون إثبات العرف فى المسائل التجارية عادة بشهادة تصدر من الغرف أو المؤسسات التجارية، أو من خبير فى المعاملة التجارية التى استقر العرف فى شأنها . كما يثبت وجود العرف فى دولة أجنبية عن طريق تقديم شهادة بذلك من قنصليات فى الخارج^(٣) .

(١) حسن كيره ص ٢٨١ - رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص

١٠٥ هامش (٢) - سليمان مرقس ص ٣٢١ .

(٢) سليمان مرقس ص ٣٢٢ - رمضان أبو السعود ص ٤٩٤ .

(٣) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد

المجلد الأول ص ٤٨ .

وليس لهذه الشهادات إلا حجية نسبية أمام القضاء . فللمحاكم أن تهملها وتكون اقتناعها بوجود أو بعدم وجود العرف بالاستناد إلى رأى خبير أو باستشارة هيئة موثوق بها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على وجود عرف يقضى بأن يكون تاريخ استحقاق الأجرة سابقا على تاريخ انتهاء الإيجار دون أن تثبت المحكمة من قيام ذلك العرف . أو تبين مصدره وذلك على الرغم من تمسك الطاعن بوجود عرف يقضى باستحقاق الأجرة عند انتهاء الإيجار وبعد جمع المحصول فإن الحكم المطعون منه يكون معيبا مما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٢٤٤ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٤/٢١)

٢- " على من يدعى قيام العرف أو العادة التجارية إثبات وجودها ، وإثبات أن المتعاقدين كليهما قصدا الالتزام بها واتباعها" .

(طعن رقم ١٦٠ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/١/٢٦)

٣- إذا كان البنك الطاعن قد تمسك بدفاعه أمام محكمة الاستئناف أن عقود التسليف بضمان توريد الأقطان هي عقود من نوع خاص يحكمها العرف التجارى دون أن يقدم للدليل على قيام هذا العرف التجارى الذى يحكم تلك العقود ومدى تأثيره فى الفصل فى النزاع فإن النعى يكون عاريا عن الدليل " .

(طعن رقم ٦٢٤ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٢/٦/١٤)

والتحقق من قيام العرف متروك لقاضى الموضوع .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" السّتحقق من قيام العرف متروك لقاضى الموضوع . وإذا كان الحكم قد نفى وجوده بأسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الصدد لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٥٧٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/٤/٢٢)

٧٩ - لا يجوز التحدى بوجود العرف لأول مرة أمام محكمة النقض :

إذا لم يتمسك الخصم أمام محكمة الموضوع بوجود عرف فى مسألة معينة ، فلا يجوز له التمسك بهذا العرف لأول مرة أمام محكمة النقض .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان المطعون ضده لم يدع أمام محكمة الموضوع بوجود عرف تجارى يقضى بسرمان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بالدين الأصلى فإنه لا يجوز له أن يتحدى بهذا العرف لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/٦)

٢- " لما كان ما يثيره الطاعن من أن العرف جرى على قيام الجهات الإدارية بمثل التسهيلات الواردة بسببى النعى عار من

الدليل لعدم تقديمه دليلا على قيام هذا العرف ولعدم إشارة الخبير إليه في تقريره كما لم يرد في مدونات الحكم المطعون فيه ما يدل على أن الطاعن سبق له التمسك به أمام محكمة الموضوع فلا يجوز عرضه لأول مرة أمام هذه المحكمة .

(طعن رقم ٨١١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٥/١٦)

٨٠ - مدى خضوع محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض في تفسيرها للعرف :

متى قررت محكمة الموضوع وجود العرف فلها أن تفسره وتحدد مدى تطبيقه .

وقد اختلف فيما إذا كانت المحكمة تخضع في هذا التفسير لرقابة محكمة النقض أم لا .

فذهب رأى إلى أن تفسير محكمة الموضوع للعرف يخضع لرقابة محكمة النقض ، إذ متى أصبح العرف واجب التطبيق اعتبر في حكم القانون . ومن ثم وجب خضوعه لرقابة محكمة النقض، ويجوز بالتالي نقض الحكم بسبب مخالفته للعرف^(١) .

(١) للدكتور على الزيني أصول القانون التجارى المجلد الأول سنة ١٩٣٥ ص ٥٦ وما بعدها - الدكتور على البارودى والدكتور محمد فريد العربى القانون التجارى ١٩٨٦ ص ٢٧ - الدكتور أحمد محرز القانون التجارى ١٩٩٨ ص ٣٧ .

وذهب رأى ثان إلى أنه إذا كان العرف اتفاقا فلا شأن لمحكمة النقض به أما إذا كان قانونيا فيجب إخضاعه لرقابتها . وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها بهذا الرأى ^(١).

وذهب رأى ثالث إلى أنه لارقابة لمحكمة النقض في هذا الصدد، إذ لا يعتبر العرف قانونا حتى يمكن أن يكون خاضعا لرقابتها، ثم أن تدخل محكمة النقض في شأن العرف يؤدي حتما إلى تثبيته وتوحيده ، مع أنه من الخير أن يترك العرف يتغير بتغير مقتضيات الزمان والمكان . وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الرأى في كثير من أحكامها ^(٢).

كما أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأى فى حكم حديث لها - غير منشور - ذهبت فيه إلى أن :

" القواعد والعادات التجارية . شأنها شأن العرف من مسائل الواقع التى يتأكد بالتثبت من قيامها وتفسيرها قاضى الموضوع . عدم خضوعها لرقابة محكمة النقض إلا حيث يحيد للقاضى عن تطبيق عادة ثبت لديه قيامها " .

(طعن رقم ١٥٤٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٦/٤/١٤)

وعندنا أن الرأى الثانى يتفق وطبيعة العرف القانونى والاتفاقى.

(١) مشار إليه فى مؤلف الدكتور محسن شفيق الوسيط فى القانون التجارى المصرى الجزء الأول الطبعة الثالثة ١٩٥٧ ص ٥٢ .

(٢) راجع محسن شفيق ص ٤٢ ومابعدا - الدكتور ثروت عبد الرحيم شرح القانون التجارى المصرى الجديد الجزء الأول الطبعة الثالثة سنة ٢٠٠٠ ص ٣١ .

المصدر الثالث من مصادر التشريع

(مبادئ الشريعة الإسلامية)

٨١ - المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية :

رأينا أن المصدر الثالث من مصادر التشريع الرسمية هو مبادئ الشريعة الإسلامية ، إذ أوضحت المادة الأولى من التقنين المدني أنه إذ لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية. ويطبق ذلك على المسلمين وغيرهم كالمسيحيين واليهود^(١).

وعلى ذلك فإن مبادئ الشريعة الإسلامية اعتبرت مصدرا رسميا احتياطيا للقانون^(٢).

(١) ويلاحظ أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا رسميا أصليا للقانون المصري فى نطاق محدود لا يعدو بعض مسائل الوقف والأحوال الشخصية . فهى للشريعة ذات الولاية العامة فى هذا النطاق بالنسبة إلى المصريين جميعا على اختلاف عقائدهم الدينية .

(٢) وكان المشروع التمهيدي لتتقيح القانون المدني يكتفى بجعل مبادئ الشريعة الإسلامية من المصادر غير الرسمية كالفقه والقضاء وقد قالت مذكرة المشروع التمهيدي فى ذلك : 'على أن للقاضى يستلهم فى هذا الشأن الأحكام التى أقرها القضاء والفقه مصريا كان أو أجنبيا وكذلك مبادئ الشريعة الإسلامية . والإشارة إلى القضاء والفقه بهذا التعميم لاتعدو أن تكون تقنيا لما جرت عليه المحاكم المصرية منه عهد بعيد ، فهى تستشهد بأراء المصريين والأجانب من الفقهاء وبالقضاء الوطنى

والمقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية هو مبادئ هذه الشريعة وأصولها الكلية وحدها التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب دون حلولها التفصيلية وأحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها

والأجنبي على حد سواء . أما التتويه بمبادئ الشريعة الإسلامية فهو تجديد قصد به قضاء حق هذه الشريعة لايوصفها مصدرا تاريخيا لشق من قواعد المشروع فحسب ، بل يوصفها مثالا فريدا من مثل الصياغة الفنية الرفيعة . وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد ظفرت بمكانة بارزة في فقه القانون المقارن وسبقت أرقى التقنيات الحديثة إلى الكشف عن نظرية التعسف في استعمال الحق وغيرها من النظريات الخلقية النزعة فما أحرأها أن تكون مصدرا يستلهمه القضاء المصري ولا سيما أن أكثر أحكام المشروع يمكن تخريجه على أحكام الشريعة في مذاهبها المختلفة دون عناء (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٨٩) .

غير أن الدكتور المنهوى اقترح في لجنة مراجعة المشروع تعديلا يجعل مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا ملزما ويوضع في الترتيب قبل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، وافقت اللجنة على ذلك ، وجعلت نص الفقرة الثانية من المادة الأولى ما يلي : " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تعبد بمذهب معين ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون وقواعد العدالة " .

بتفاوت المذاهب والفقهاء^(١)، على أن يكون مفهوما وجوب عدم تعارض مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ بها مع المبادئ العامة الأساسية للقانون المصرى الوضعى الحالى لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادرها .

(١) كان نص المشروع النهائى للمادة ٢/١ من التقنين المدنى يقضى بأن يكون رجوع للقاضى إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون " دون تقيد بمذهب معين " ولكن اعترض فى لجنة للقانون المدنى بمجلس الشيوخ على حكم الإحالة على مبادئ للشريعة الإسلامية دون تقيد بمذهب معين لما تحدثه هذه العبارة من اضطراب فى الأحكام لاختلاف المذاهب . وقد وافقت اللجنة على حذف عبارة " الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين " لأن حكمها مفهوم فى حدود فكرة الملاءمة . ولم تر محلا للإشارة إلى عدم التقيد بمذهب باعتبار أن الرجوع سيكون إلى المبادئ وهى لا تختلف باختلاف المذاهب (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٩٠ ومابعدها) .

حيث لا يوجد نص ، وإن يطبق منها إلا المبادئ العامة دون الحلول التفصيلية . ولنتهى الأمر إلى حذف هذه العبارة ، لأن حكمها مفهوم فى حدود فكرة الملاءمة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٩١ ومابعدها) .

والملاحظ أن المشرع أوجب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية قبل القانون الطبيعي وقواعد العدالة . وذلك لأنه رأى في القانون الطبيعي وقواعد العدالة فكرة غير واضحة ^(١).

٨٢ - النص في الدستور على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع :

كانت المادة الثانية من الدستور القائم الصادر سنة ١٩٧١ تنص على " الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع " ثم عدلت المادة بتاريخ ١٩٨٠/٥/٢٢ واستبدلت كلمة المصدر بكلمة (مصدر) وبذلك أصبحت الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع .

وهذا النص موجه إلى المشرع وليس إلى القاضي فهو يخاطب المشرع بأن يجعل الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع وبأن يجعل ما عداها من المصادر ثانويا . وهذه النتيجة لامحيص عنها لأن الأصل أنه لا تدرج بين المصادر الموضوعية أو المادية بل الأصل تكافؤها فإذا وصف الدستور واحدا منها بأنه المصدر الرئيسي فقد دل بذلك على أنه يعتبره المصدر الرئيسي الوحيد ، ولو قيل بغير ذلك لكان التخصيص عديم الجدوى ^(٢).

(١) سليمان مرقس ص ٣٣٤ .

(٢) رمضان أبو السعود ص ٥١٧ .

غير أن التزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية
المصدر الرئيسى للتشريع لا ينصرف سوى إلى التشريعات التى
تصدر بعد التاريخ الذى فرض فيه هذا الإلزام .

وهذا ما استقرت عليه المحكمة الدستورية العليا فى قضائها .
وعلى سبيل المثال قضت بتاريخ ١٩٨٩/٥/٢٧ القضية رقم ١٥٠
لسنة ٤ قضائية "دستورية" بأن :

" إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر
الرئيسى للتشريع - بعد تعديل المادة الثانية من الدستور بتاريخ
٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - لا ينصرف سوى إلى التشريعات التى تصدر
بعد التاريخ الذى فرض فيه هذا الإلزام بحيث إذا انطوى أى منها
على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع فى
حومة المخالفة للدستورية ، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ
فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلا
من قبله ، أى فى وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائما
واجب الأعمال . ومن ثم فإن هذه التشريعات تكون بمعناى عن هذا
القيد وهذا هو مناط الرقابة الدستورية " .

المصدر الرابع للتشريع (مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) ٨٢ - ترتيب هذا المصدر :

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدر احتياطي رابع للقانون يلجأ إليه القاضى إذا لم يجد نصا تشريعيا أو عرفا أو لم يجد فى مبادئ الشريعة الإسلامية حلا للنزاع المعروض عليه ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى على أنه : " فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة " وقد قصد من التجاء القاضى إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، ألا يمتنع القاضى عن الفصل فى نزاع بحجة عدم وجود قاعدة قانونية تحكم النزاع . فإن فعل ذلك فهو مرتكب لجريمة إنكار العدالة^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا محل للرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة طالما يوجد نص تشريعى يحكم الواقعة .

(١) نعمان جمعه ص ٢١٨ .

" لما كان القاضى وفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدنى لا يحكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة إلا إذا لم يوجد نص تشريعى أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية يمكن تطبيقها لما كان ذلك وكان القانون ٥٢ لسنة ١٩٤٠ قد رتب البطلان المطلق على بيع الأرض الناشئة عن تقسيم لم يصدر قرار باعتماده وهو بطلان يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ومن ثم فلا يقبل التحدى بمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة فى هذا الخصوص . لما كان ذلك وكانت العبرة فى تحديد طلبات الخصم هى بما يطلب الحكم له به وإذا كانت مورثة الطالب لم تطلب من محكمة الموضوع إلزام المطعون عليه الأول رد الثمن الذى دفعته فلا تثريب على الحكم إذا لم يعرض لذلك " .

(طعن رقم ١١٧١ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/١١/١٨)

كما ذهبت محكمة النقض إلى أنه لا محل للرجوع إلى هذا المصدر وغيره من المصادر الأخرى عند عدم وجود النص إلا بالنسبة للحقوق الموضوعية إذ قضت بأن :

" إذا كانت القوانين المتعلقة بالتنظيم القضائى والمرافعات المدنية وهى المشتملة على الإجراءات والأوضاع التى تلزم مراعاتها عند اللجوء إلى القضاء وكيفية الفصل فى الدعوى وقواعد إصدار الأحكام والطعن فيها وتنفيذها لاشأن لها بجوهر الحقوق الموضوعية ولا بالنصوص القانونية المنتظمة لها ، وكان المصدر الوحيد لهذه القوانين هو التشريع المتمثل أساسا فى مجموعة

المرافعات المدنية والتجارية الصادر بها القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٨ ، والتشريعات المكملة دون ما اعتداد بأية مصادر أخرى ، فإنه لا محل للحاجة فى هذا المجال بما تقضى به المادة الأولى من التقنين المدنى من استناد إلى بعض المصادر عند تخلف النص التشريعى ، باعتبار القانون الأخير من القوانين الموضوعية المقررة للحقوق التى تبينها وتحدد كيفية نشوئها وطريقة انقضاءها، بينما قانون المرافعات يقرر الوسيلة التى بمقتضاها تؤدى هذه الحقوق ، بحيث تلزم الشكلىة كى يطمئن الأفراد إلى المحافظة على حقوقهم متى اتخذوا الأوضاع التى نص عليها القانون ضمانا لسير القضاء ومنعا من أن يترك الأمر فيه لمطلق التقدير .

(طعن رقم ٧٧٠ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢)

٨٤ - المقصود بالقانون الطبيعى :

القانون الطبيعى هو مجموع القواعد التى تحكم السلوك الاجتماعى للإنسان ، والتى لاتمت بصلة إلى التقاليد والعادات أو نصوص التشريع ، وإنما مصدرها الإلهام الفطرى السليم والإدراك العقلى الصائب . فهو قانون ثابت لا يتغير فى الزمان ولا فى المكان، يستطيع الإنسان أن يكشف عنه بالعقل السليم ، وهو بهذا يتميز بخاصة فريدة ، إذ أن الإنسان يمتاز عن سائر الكائنات بالعقل والتفكير ، فى حين تحكم الغرائز الكائنات للحية الأخرى ، فالعقل هو الفاصل بين قانون الطبيعة وبين القانون الطبيعى الذى يحكم العلاقات الإنسانية .

ويتمثل القانون الطبيعى أساسا فى الحق فى الحياة وحرمة
المساس بها وفى الحق فى الحرية وضرورة توافرها لكل فرد وعن
هذين الحقين الأساسيين تنفرع سائر مبادئ القانون الطبيعى .

والقانون الطبيعى بالنسبة للإنسان ناموس فطرى نابع من الذات
الإنسانية لا يتغير ، لأنه غير مرتبط بالأعراف ولا بالتقاليد المتجددة
والمتباينة فى البيئات المختلفة فهو مستودع فى أخلاق البشر منذ
الأزل، يتسم بالثبات والشمول والخلود ، يدين له الناس كافة وتلقائيا
لمجرد أنهم أناس، دون اعتبار لجنس أو اعتداد بمستوى حضارى أو
حسبان لزمان أو مكان .

وهو يتمثل فى صورتين متكاملتين تتناول إحداهما المتطلبات
الفردية للصيقة بالشخص كإنسان . وتتظم الثانية علاقته بالمجتمع
ومبناها الشعور بالعدالة وإيفاء كل ذى حق حقه ^(١).

وعلى ذلك يمكن القول أن القانون الطبيعى هو عبارة عن تلك
الأصول والموجهات العامة للعدل التى تعتبر أساسا ومثلا أعلى
للتنظيم القانونى . فتشمل مبدأ احترام شخصية الإنسان والوفاء
بالعهد المقطوع وتعويض الضرر الذى تسبب من غير حق .

وفكرة القانون الطبيعى والعدالة متقاربتان وهذا ما دعا البعض
إلى القول أن القاضى إذا أراد أن يستلهم قواعد العدالة وجب عليه

(١) رمضان أبو السعود ص ٥٢٨ وما بعدها .

أن يرجع إلى القانون الطبيعى المبني ليعرف ما يتفرع عليه من قواعد العدالة التى توافق ظروف الحالة المعروضة عليه ، وهذا ما يفسر استاده إلى كلا الأمرين كذلك (١).

٨٥ - قواعد العدالة :

العدل - فيما ثبت عليه من معنى قديم - هو إحدى الفضائل التى تتلخص فى إعطاء كل واحد حقه ، أو ما هو واجب له ، وهو بذلك يتضمن فكرة المساواة بمعناها العام .

فالعدل ينقسم إلى عدل خاص ، وعدل عام والعدل الخاص هو الذى يسود علاقات الأفراد باعتبارهم أفرادا ، وهو يقوم على أساس من المساواة التامة باعتبار أن كل فرد يساوى الآخر فيما له من كيان مستقل فتقوم علاقات الأفراد إذن على أساس من تبادل الاحترام بين الأفراد كل منهم لكيان الآخر واستقلاله وحقوقه، وذلك هو ما جرى الاصطلاح على تسميته بالعدل التبادلى .

ولما العدل العام فهو الذى يسود علاقات الجماعة بالأفراد باعتبارهم أعضاء فيها أيا كان من يجب له العدل ، هو الجماعة أم الأفراد والعبرة فى هذا العدل هى باعتبار الفرد جزءا من كل هو الجماعة ، والجماعة باعتبارها الكل ، ينبغى لها عدلا أن تهيم على الفرد ونشاطه بما يحقق نفع الكل وخيره .

(١) سليمان مرقس ص ٣٥٥ وما بعدها .

ولذلك فالعدل فى العلاقة بين الجماعة والفرد إنما يرمى إلى تحقيق الصالح العام ، لا عن طريق إقامة مساواة مطلقة حسابية وإنما عن طريق إقامة تفاضل بين القيم المتفاوتة للأفراد - من حيث الحاجة أو القدرة أو الكفاءة - بالنسبة إلى صالح الجماعة . وهذا العدل العام ، يشمل ما يعرف بالعدل التوزيعى والعدل الاجتماعى على السواء .

فالعدل الخاص إذن يقوم على أساس من التكافؤ لتساوى الأفراد فيما ينبغي لكل منهم من كيان مستقل . بينما يقوم العدل العام على أساس من السيطرة ، فالجماعة تسيطر على الأفراد باعتبارهم أعضاءها ، والأفراد بهذا الوصف يخضعون لما يقضى به صالح الجماعة .

ففكرة العدل إذن متراوحة بين تحقيق التكافؤ بين الأفراد بوصفهم أفرادا (العدل الخاص) ، وبين تحقيق السيطرة للجماعة على الأفراد- بوصفهم أعضاء فى الجماعة - لخدمة الصالح العام (العدل العام) . وهذا التراوح بين تحقيق التكافؤ وتحقيق السيطرة يستتبع تراوح القانون بين مذهبين ينازعانه هما المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى^(١).

(١) حسن كيره ص ١٦٤ وما بعدها .

ويكفى لصحة الحكم أن يكون قد خلص إلى النتيجة الصحيحة، فلا يشترط بيان الأسباب القانونية التي استند إليها ، فإن كان ذلك محلا لنعى تناولت محكمة النقض بيانها ، فلا تلتزم محكمة الموضوع بأن تبين فى مدونات حكمها أنها أقامت قضاءها على سند من " مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة " طالما كان الحكم صحيحا . وإن كان الأفضل التتويه إلى ذلك ، تأصيلا للحكم وتيسيرا على المحكمة التى تنتظر الطعن ^(١).

٨٦- تطبيقات قضائية لمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة :

١- الملكية الأدبية والفنية والصناعية :

اعترف المشرع المصرى بضرورة حماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، وأشار فى المادة ١٢ مدنى أهلى (المقابلة للمادة ٨٦ من التقنين المدنى الجديد) إلى أن تنظيمها يكون بقانون . إلا أن هذا القانون لم يصدر إلا بعد وقت طويل . فوجدت المحاكم نفسها طوال هذه المدة إزاء حالة من حالات انعدام النص ، ولجأت إلى القانون الطبيعى وقواعد العدالة تسد بهما هذا النقص ، وقضت بناء عليهما بما يضمن حقوق المؤلف والفنان وصاحب الملكية الصناعية ، إذ ألزمت من يعتدى على هذه الحقوق بأن يعرض أصحابها عما يلحقهم من أضرار بسبب ذلك .

(١) للمستشار أنور طلبه ص ٢١٦ .

٢- التعسف فى استعمال الحق :

كانت لفكرة الأصلية فى المسؤولية أن من يستعمل حقاً له لايسأل عما يسببه استعمال هذا الحق من ضرر للغير ، فالمالك لايسأل مثلاً إذا أقام جداراً عالياً فى ملكه يحجب به الهواء والنور عن جاره ، ولو لم تكن له فائدة شخصية من إقامة هذا الجدار . ورب العمل إذا استعمل حقه فى فصل العامل لايسأل عما يصيب العامل من ضرر بسبب هذا الفصل ولو كان الفصل فى وقت غير لائق . فلجأت المحاكم أول الأمر إلى القانون الطبيعى وقواعد العدالة لتقييد الحقوق بالغرض الاجتماعى الذى وجدت من أجله، واعتبرت استعمال الحق فى غير هذا الغرض إساءة استعمال له أو تعسفاً فى استعماله يعتبر فى ذاته خطأ يستوجب المسؤولية . فالمالك ورب العمل كلاهما يسأل إذا استعمل حقه لا لغرض سوى الإضرار بغيره . ثم عادت بعد ذلك وقررت أن نظرية استعمال الحق مردها إلى قواعد المسؤولية فى القانون المدنى لا إلى قواعد العدل والإنصاف المشار إليها فى المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية^(١).

(١) سليمان مرقس ص ٣٥٦ ومابعدا .

إذ قضت محكمة النقض بأن :

" إن نظرية إسائة استعمال الحق مردها إلى قواعد المسؤولية فى القانون المدنى ، لا إلى قواعد العدل والإنصاف المشار إليها فى المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية . فإذا كان الحكم قد أسس قضاءه على تلك النظرية فإنه يكون قد أعمل القانون المدنى فى الدعوى لا قواعد العدل والإنصاف " .

(طعن رقم ١٠١ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١١/٢٨)

٣ - الدوطة :

نظرا لخلو القانون المصرى من نص على الدوطة وأحكامها لجأت المحاكم فى شأنها إلى قواعد العدالة والقانون الطبيعى والعرف .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان القانون المدنى المصرى قد خلا من نصوص خاصة بالدوطة ففى وسع المحاكم المدنية ، عملا بالمادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، أن تتبع قواعد القانون العام أو قواعد العدالة والقانون الطبيعى والعرف الجارى بين الناس " .

(طعن رقم ٥ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/٥/٢٧)

٤ - المساواة بين عمال صاحب العمل الواحد :

لم يرد نص فى القانون على مساواة عمال صاحب العمل الواحد فى الحقوق ، وقد ذهبت محكمة النقض إلى أن مساواة عمال

صاحب العمل الواحد فى الحقوق هى قاعدة أساسية ولو لم يجر بها نص فى القانون تفرض قواعد العدالة إعمالها إذا ما جنح صاحب العمل إلى التفرقة بين عماله فى شأن أى حق من حقوقهم بغير مبرر ، إلا أن هذه المساواة لا تكون واجبة إلا عند تساوى العمال فى الظروف والتكافؤ فى المؤهلات والخبرة والأقدمية.

ومن قضاء محكمة النقض فى هذا الشأن :

" وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المناط فى إعمال مبدأ المساواة وهى قاعدة أساسية تفرض إعمالها مبادئ العدالة هو منع التفرقة التحكيمية بين عمال صاحب العمل بحيث لا تكون المساواة واجبة بينهم إلا عند التساوى فى الظروف والتكافؤ فى المؤهلات والخبرة والأقدمية وأنه لايجوز التحدى بهذه القاعدة للخروج على أحكام القانون ... الخ " .

(طعن رقم ٤٩٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/١٠/٢٢)

(راجع الأحكام العديدة المنشورة بمؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد - المجلد الثانى ص ٤٠٧ ومابعدها) .

مادة (٢)

لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع .

الشرح

٨٧- تعريف الإلغاء :

إلغاء التشريع أو نسخه هو وقف العمل به نهائيا أو تجريده من القوة الملزمة له ، سواء كان ذلك الاستغناء عنه نهائيا أم كان لاستبدال غيره به ^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقصود بإلغاء التشريع ونسخه هو رفع حكم قانوني بحكم قانوني آخر متأخر عنه بما يترتب عليه بطلان العمل بالتشريع الأول وتجريده من قوته الملزمة " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٤٣ ق "أحوال شخصية" جلسة ١١/٥/١٩٧٥)

٨٨- الفرق بين إلغاء التشريع وإبطال التشريع :

هناك فرق بين إلغاء التشريع وإبطاله ، فالإلغاء لا يرد إلا على تشريع قد استكمل شروط صحته وأركانه الجوهرية ، فيأتي الإلغاء

(١) سليمان مرقس ص ١٧١ - محمد علي عرفه ص ١٧٨ ومابعدها .

لا ليطعن فى صحة التشريع ، وإنما لإنهاء العمل به ، إما لعدم الحاجة إليه أو لاستبدال غيره من التشريعات . ولذلك لا يؤثر الإلغاء فى صحة تطبيق التشريع الملغى ، أى أن الإلغاء ليس له أثر رجعى . أما إبطال التشريع فينصب تشريع لم يكتمل شروط صحته وأركانه الجوهرية ، ويأتى الإبطال لإعدام هذا التشريع واعتباره كأن لم يكن أبداً ، لذلك كان للإبطال أثر رجعى ، أى يقتضى بطلان الآثار التى ترتبت عليه فى الماضى .

ومن أمثلة حالات إبطال التشريع ما يحدث فى تشريعات الضرورة فقد رأينا أن الدستور المصرى فى المادة (١٤٧) يوجب عرض تشريعات الضرورة على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً وتعرض فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون . وإذا عرضت فقد لاقرها المجلس فينزل بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون .

ومعنى ذلك أنه إذا قرر المجلس عدم إقرار تشريع الضرورة ، فإنه يقضى فى واقع الأمر بإبطاله لتخلف شروط أو أركان صحته ، ولذلك يكون لهذا الإبطال أثر رجعى ، وأن المشرع الدستورى قد خفف من هذا الحكم بأن منح مجلس الشعب رخصة اعتماد نفاذ هذا

التشريع الذى لم يقره فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بشكل آخر (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ رأى الشارع إلغاء القاعدة المقررة بقانون (مرسوم التعريفة الجمركية) فإن ذلك لا يبرر الخروج عنها بالنسبة للوقائع السابقة على هذا الإلغاء بل هو تأكيد بالتزام العمل بها فى النطاق المنصوص عليه بالتشريع السابق " .

(طعن رقم ٣٧٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١٠/٢٦)

والقاعدة أن السلطة التى سنت التشريع هى التى تملك إلغاءه .
فالتشريع الأساسى لا يملك إلغاء شئ منه إلا الهيئة التى نص عليها الدستور وطبقا للإجراءات التى قررها . والتشريع الرئيسى تلغيه السلطة التشريعية العادية بتشريع رئيسى مثله . واللوائح والقرارات تلغىها السلطة التى وضعتها بلوائح وقرارات مثله . وقد تقدم أنه يترتب على تدرج التشريع أن التشريع الأدنى يتقيد بالأعلى . والعكس غير صحيح . وكذلك يترتب عليه أن التشريع الأعلى يملك إلغاء الأدنى . والعكس غير صحيح أيضا . فاللوائح والقرارات مثلا لا تلغى التشريع الرئيسى ولكن التشريع الرئيسى يلغىها (٢).

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٠٢ وما بعدها .

(٢) محمد على عرفه ص ١٨٠ - سليمان مرقس ص ١٧١ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " إلغاء التشريع بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه - ليس لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو تضيف أحكاما جديدة إلا بتفويض من هذه السلطة العليا ، أو من القانون " .

(ب)- " إن التشريع لايلغى إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه فلا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو أن تضيف إليها أحكاما جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون " .

(طعن رقم ٣٢٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٥/٢٥)

٢- " التشريع لايلغى إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه، فلا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغى أو أن تعدل قاعدة تنظيمية وضعها سلطة أعلى ، أو أن تضيف إليها أحكاما جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون " .

(طعن رقم ٢٧٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٨)

٣- " من المقرر أنه لايجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغى أو تعمل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو أن تضيف إليها أحكاما جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون، وكان القانون رقم ١ لسنة ١٩٧٣ لم يترك أمر تحديد

البضائع التى تتمتع بالإعفاء فى هذه الحالة لمصلحة الجمارك ، ومن ثم فلا يجوز الاعتداد فى هذا الصدد بما تصدره تلك المصلحة من قواعد أو قوائم بالسلع المعفاة وفقا لذلك القانون ما لم تكن مفوضة من وزير المالية بإصدارها " .

(طعن رقم ٢٧١٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٥/٢٢)

٨٩- هل يترتب على إلغاء التشريع إلغاء لوائحه التنفيذية ؟

(راجع بند ٢١) .

صورنا الإلغاء :

إلغاء التشريع إما أن يكون صريحا وإما أن يكون ضمنيا .

ونعرض لهاتين الصورتين فيما يلى .

٩٠- أولاً : الإلغاء الصريح :

تنص على صورة الإلغاء الصريح للتشريع المادة الثانية من

التقنين المدنى بقولها : " لايجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع

لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء " .

والإلغاء الصريح يتم غالبا بصدر تشريع جديد يتضمن نصا

خاصا يقضى بإلغاء تشريع سابق ، كالنص الذى ورد فى المادة

الأولى من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدنى

الجديد حيث قضى صراحة بإلغاء القانون المدنى القديم إذ نص

صرache على إلغاء القانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية

والصادر فى ٢٨ أكتوبر ١٩٨٣ والقانون المدنى المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر فى ٢٨ يونية ١٨٧٥ والاستعاضة عنها بالقانون المدنى الجديد .

ومثل ذلك أيضا ما نصت عليه المادة الرابعة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية من أنه : " تلغى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، ويلغى الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف إلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ، والقوانين أرقام ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ ، ٦٢ لسنة ١٩٧٦ المشار إليها ، ولائحة الإجراءات الواجب اتباعها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة سنة ١٩٠٧ الخ " .

وما نصت عليه المادة الأولى من قانون إصدار القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى والنقد من أنه : " تسرى على البنك المركزى والجهاز المصرفى والنقد أحكام القانون المرافق .

ويلغى قانون البنوك والائتمان الصادر بالقرار بالقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ والقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ فى شأن البنك المركزى المصرى والجهاز المصرفى ، والقرار بقانون رقم ٢٠٥

لسنة ١٩٩٠ فى شأن سرية الحسابات بالبنوك ، والقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٤ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبى ، والقانون رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٨ بتنظيم مساهمة القطاع الخاص فى رؤوس أموال بنوك القطاع العام .

ومع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية بإنشاء بعض البنوك فى جمهورية مصر العربية يلغى كل حكم يتعارض مع أحكام القانون المرافق " .

وليس بضرورى أن يشمل النص اللاغى على بديل للحكم الملغى ، بل قد يقتصر الأمر على إلغاء الحكم الأول فيعود الحال إلى ما كان عليه قبل هذا الحكم . ومن أمثلة ذلك القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٥٠ الذى صدر بإلغاء ضريبة الأرباح الاستثنائية المفروضة بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٤١ ومنها كذلك القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٢ الذى قضى فى مادته الأولى بأن : " تلغى كافة صور موانع التقاضى الواردة فى نصوص القوانين الآتية ... الخ " .

وجرت العادة على أن ينص فى كل قانون فى أحكامه الوقتية على إلغاء كل ما كان مخالفا لنصوصه من القوانين السابقة وهذا النص ليس إلا تقريرا لقاعدة الإلغاء الضمنى ، فلا يعتبر إلغاء صريحا^(١) .

(١) محمد كامل مرسى وسيد مصطفى ص ٢٥٩ وما بعدها .

ومن صور الإلغاء الصريح توقفت التشريع بزمان معين من وقت صدوره ، فينتهى العمل به بمجرد انقضاء الزمان المعين فيه ، كالقوانين التى تصدر أثناء الحرب مثلا وينص فيها على أن يعمل بها مدة قيام الحرب فقط وكالأوامر العسكرية التى تستند إلى قانون الأحكام العرفية فإنها تلغى تبعا لإلغاء الأحكام العرفية .

٩١ - ثانيا : الإلغاء الضمنى :

تنص على هذه الصورة من صورتى الإلغاء المادة الثانية من التقنين المدنى بقولها :

" لايجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع " .
فالإلغاء الضمنى له حالتان :^١

الحالة الأولى :

صدور تشريع جديد يشتمل على نص يتعارض مع نص قديم :
قد يصدر تشريع جديد يتضمن نصا يتعارض مع نص فى تشريع سابق قديم . فإذا لم يكن فى الإمكان التوفيق بين النصين ، فإن المفهوم ضمنا - وتطبيق النصين معا مستحيل - أن النص الأحدث منهما قد نسخ وألغى النص الأقدم^(١) .

(١) محمد كامل مرمى ومسيد مصطفى ص ٢٥٨ ومابعداها .

وبديهى أن الإلغاء الضمنى فى هذه الصورة لا يكون إلا فى حدود التعارض والتنافر بين النص القديم والنص الحديث . فإذا صدر قانونان متعاقبان فى الزمان ومتناقضان فى الأحكام ، اعتبر القانون القديم منسوخاً ضمناً بالقانون الحديث إذا كان التعارض بين أحكامهما تاماً وكلياً . أما إذا كان التعارض جزئياً فإن كان واقعاً بين بعض أحكامهما فحسب ، فلا ينسحب النسخ أو الإلغاء الضمنى منطقاً إلا على ما يثبت تعارضه من أحكام القانون القديم مع القانون الحديث (١).

وقد قضت محكمة النقص بأن :

١- " إلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع لاحق ينص على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الوضع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع . وإذا كان القانون رقم ٣٢٥ لسنة ١٩٥٣ لم ينص على إلغاء القاعدة الواردة بقرار مجلس الوزراء الصادر فى ١٩٥٣/٢/٢٥ بأن يخصم من إعانة الغلاء بما يعادل نصف علاوة الترقية أو العلاوة الدورية عند استحقاق أيهما ولم يشتمل القانون سالف الذكر على نص يتعارض مع أحكام القرار المذكور وإنما قصد إلى تنظيم جديد من حيث كيفية الخصم لا من حيث مبدئه فجعل هذا الخصم يلحق

(١) حسن كيره ص ٣٣٣ - أحمد سلامة ص ٢٧٥ .

العلوّة ذاتها رأسا بمقدار النصف بدلا من أن يلحق الخصم إعانة الغلاء بمقدار نصف العلوّة وذلك بالنسبة للعلوات التي استحقّت منذ نفاذه فإن قرار مجلس الوزراء مالف الذكر يبقى مطبقا من حيث طريقته في الخصم بالنسبة للعلوات التي استحقّت في مدة سريانه .

(طعن رقم ٩٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٧)

٢- " إلغاء نص تشريعي لا يتمّ حسبما تقضى المادة الثانية من القانون المدني إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع " .

(طعن رقم ٢٥٥ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/١٥)

٣- " مؤدى نص المادة الثانية من القانون المدني أن النص التشريعي الذي يتضمن قاعدة عامة يجوز إلغاؤه بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع " .

(طعن رقم ٥٦٨٣ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٣/١٠/٢٥)

فالتعارض الذى يستتبع إلغاء نص تشريعى ينص عليه فى تشريع سابق لا يكون إلا إذا ورد النصان على محل واحد يكون من المحال إعمالهما فيه معا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "مجال تطبيق الأمر العسكرى رقم ٤٦٩ يختلف عن مجال تطبيق القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ ، ذلك أن هذا الأمر تنطبق أحكامه فى الحدود المبينة به على جميع العمال فى مديرتى قنا وأسوان دون التقيد بما إذا كانت مناطق العمل بعيدة عن العمران أو غير بعيدة عنه ، فى حين أن الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من القانون ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ لا تنطبق إلا حيث يكون العمال فى المناطق البعيدة عن العمران والتى حددها وزير الشئون الاجتماعية ومن ثم فلا محل للقول بأن القانون ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ قد نظم من جديد ما سبق أن نظمه الأمر العسكرى ٤٦٩ ولا يكون بالتالى ثمة محل للتحدى بنص المادة الثانية من القانون للمدنى فيما نصت عليه من أنه يلغى التشريع السابق إذا صدر تشريع لاحق ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع " .

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٢٥ فى جلسة ١٧/١٢/١٩٥٩)

٢- "إذا كانت معاهدة بروكسل لا تنطبق في صدد النقل البحري الدولي إلا في نطاق محدود ، فإنه لا يكون من شأن هذه المعاهدة أن تؤثر خارج هذا النطاق في أحكام قانون التجارة البحري السابقة عليها بما يعد نمحاً لها لأن التعارض الذي يستتبع إلغاء نص تشريعي بنص في تشريع لاحق لا يكون ، في حكم المادة الثانية من القانون المدني ، إلا إذا ورد النصان على محل واحد يكون من المحال إعمالهما فيه معا . أما إذا اختلف المحل فإنه يتعين العمل بكل قانون في محله بصرف النظر عما بينهما من مغايرة طالما أن لكل منهما مجاله الخاص في التطبيق . ولا يمنع من ذلك ازدواج التشريع في قانون البلد الواحد لأن الشارع هو الذي يقدر الحكمة من هذا الازدواج وليس للقاضي إلا أن يطبق التشريع على ما هو عليه .

(طعن رقم ٣٠٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٠)

٣- " لا محل للاحتجاج بأن للنص الأول - الوارد في القانون القديم - قد ألغى ضمناً بالنص الثاني - الوارد في القانون الجديد - لأن هذا الإلغاء لا يكون إلا إذا توارد النصان في القانون الجديد وفي القانون القديم على محل واحد يستحيل معه إعمالهما فيه " .

(طعن رقم ٥ لسنة ٣٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٣/٢٩)

٤- "إلغاء النص التشريعي الذي يتضمن قاعدة عامة لا يتم- وعلى ما جرى به نص المادة الثانية من القانون المدني - إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع. والمقصود بالتعارض في هذا الخصوص- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون النصان واردين على محل واحد ويستحيل إعمالهما فيه معا . وإذا كان نص المادة ١/١٧٧ من القانون المدني قد نظم أحكام مسؤولية حارس البناء عن الأضرار الناشئة عن تدمره بسبب قدمه أو عيب فيه أو الإهمال في صيانته ، وكانت نصوص القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ التي خلت من النص صراحة على إلغاء تلك المادة- لم تتضمن تنظيمًا لأحكام تلك المسؤولية بل اقتصرت على تحديد الإجراءات والاحتياطات الواجب اتباعها في شأن المنشآت الآيلة للسقوط أو تلك التي تحتاج إلى ترميم أو صيانة وطرق الطعن في القرارات الصادرة بشأنها وهو مالا يحول دون إعمال هذه القواعد وقاعدة مسؤولية حارس البناء معا كل في مجاله الخاص في التطبيق، فإن نصوص القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ لا تكون ناسخة لنص المادة ١/١٧٧ من القانون المدني " .

(طعن رقم ٢٣٤٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٦/٢/٢٠)

٥- (أ) - " إذ كان نص المادة ٢/١٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على أنه يترتب على قبول الطعن إعادة النظر فى تقدير أجرة الوحدات التى شملها قرار لجنة تحديد الأجرة ويعتبر الحكم الصادر فى الطعن ملزم لكل من المالك والمستأجرين إلا أنه وقد صدر من بعده القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ وهو فى ذات مرتبة التشريع الأول متضمنا النص فى المادة الخامسة على أن "إذا رأى المستأجر أن الأجرة التى حددها له المالك تزيد على الحدود المنصوص عليها فى هذا القانون جاز له خلال تسعين يوما من تاريخ التعاقد أو من تاريخ الإخطار أو من تاريخ شغله للمكان أن يطلب من لجنة تحديد الأجرة المختصة القيام بتحديد أجرة المكان وفقا للأسس المنصوص عليها فى هذا القانون ...". مما مؤداه أنه ما لم يتقدم المستأجر إلى اللجنة المختصة لتحديد الأجرة فى الميعاد المشار إليه فإن التقدير المبدئى للأجرة يعد نهائيا وناقذا ولا يجوز للجنة بعد ذلك أن تتصدى لتحديد الأجرة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب المستأجر الحاصل بعد الميعاد ، ولا يترتب على قبول الطعن فى الأجرة التعاقدية بالنسبة لبعض الوحدات الأخذ بتقدير اللجنة لأجرة باقى الوحدات التى حدد المالك لها أجرة تعاقدية وأصبحت نهائية بقبول مستأجريها لها وعدم طعنهم عليها " .

(ب) - " إذا كان نص المادة الخامسة من القانون رقم ١٩٨١ لسنة ١٩٧٧
١٩٨١ لاحقا لنص المادة ٢/١٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧
وكلاهما يتعارض مع الآخر . فى أحكامه ومن ثم يعتبر ما ورد فى
القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، وفيما يتعلق بالأماكن التى تسرى
عليها أحكامه ناسخا لما ورد بنص المادة ٢/١٩ من القانون رقم
٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، كما يترتب على ذلك أن تحديد الأجرة فى ظل
القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ أصبح موضوعا قابلا للتجزئة
ويخضع الطعن فى الأحكام الصادرة وفقا لأحكامه للقواعد العامة
المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ومن ثم تخضع لمبدأ
نسبية الأثر المترتب على إجراءات المرافعات وقوامه ألا يفيد من
هذه الإجراءات إلا من باشراها . "

(طعن رقم ٥٦٨٣ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٣/١٠/٢٥)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" من الأمور المسلمة أن الفسخ الضمنى للقاعدة القانونية لا يكون
إلا حيث يصدر تشريع لاحق على ذات المستوى فى مجال المدارج
التشريعية ، وأن يكون التشريع اللاحق الذى توافر له الشرط المتقدم
حاسما فى إسقاطه للحكم السابق وذلك لتعارضه معه بصورة تجعل
من غير الممكن التوفيق بينهما وإعمالهما ، أما حيث يكون لكل من

التشريعين مجال لإعماله يختلف عن الآخر فلا يكون هناك فسح وإذا أورد المشرع تنظيما خاصا بمسألة قانونية محددة وردت الإشارة إليهما بصفة عامة فى قانون آخر فإنه يتعين اطراح الإشارة العامة وتطبيق التنظيم الخاص وذلك تطبيقا لقاعدة أن الخاص يقيد العام " .

(طعن رقم ١٢٨٣ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٧١/٦/١٢)

٩٢ - أوجه التعارض فى هذه الصورة :

للتعارض فى هذه الصورة عدة أوجه لكل منها حل خاص ، نعرض لها فيما يلى :

١ - أن يتضمن التشريع الجديد حكما عاما ينافض حكما عاما سابقا ، أو حكما خاصا ينافض حكما خاصا سابقا ، ففى هذين الوجهين ينسخ الجديد القديم ، إذ لا يمكن الجمع فى التطبيق بين حكمين متعارضين .

٢ - أن يكون التعارض بين حكم قديم عام وحكم حديث خاص .

إذا كان التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما عاما وبين قواعد قانونية حديثة تأتى بحكم خاص ، فهذا التعارض لا يستحيل معه الإبقاء على حكم القانون القديم بعد صدور القانون الجديد الخاص ، بل يظل القانون القديم نافذا فيما لا يتعارض فيه مع أحكام القانون الجديد الخاص . ومعنى ذلك أن الحكم الجديد الخاص

قد ألغى ضمنا الحكم القديم العام فى شأن ما جاء بتخصيصه فقط أى أن الخاص يقيد العام ولا يناقضه ، فيظل الحكم القديم العام قائما وساريا إلا فيما جاء الحكم الجديد بتخصيصه ، وبذلك يحد الحكم الجديد الخاص من مدى عموم الحكم القديم فيقتطع ما يندرج تحته ويجرى عليه حكم قاعدة مغايرة .

ومثال ذلك أن التقنين المدنى المصرى القديم كان يقضى بأن الملكية تنتقل بالتراضى فى الأموال منقولة كانت أو عقارية . ثم صدر بعد ذلك قانون التسجيل سنة ١٩٢٣؛ ثم قانون الشهر العقارى سنة ١٩٤٦ وأتيا بحكم جديد يقضى بأن الملكية فى العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل . فوجد بذلك تعارض بين حكم التقنين المدنى القديم وهو حكم عام لانصرافه إلى الأشياء بصفة عامة ، دون تمييز بين المنقول منها والعقار ، وبين الحكم الجديد الذى جاء به قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى وهو حكم خاص لعدم انصرافه إلا إلى العقار وحده دون المنقول . غير أن هذا التعارض لم يكن له من أثر إلا إلغاء للحكم العام الوارد فى التقنين المدنى القديم لإلغاء ضمنيا فى شأن العقار وحده ، فبقى لهذا الحكم سريانه فى شأن المنقول. وبذلك ظل حكم التقنين القديم القاضى بانتقال الملكية بمجرد التراضى قائما وساريا إلا فيما جاء قانون التسجيل ومن بعده قانون

لشهر العقارى بتخصيصه منه وإخراج العقار من عموم حكمه
باعتراض التسجيل لانتقال ملكيته^(١).

ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة الأولى من القانون رقم ٦
لسنة ١٩٩٧ بتعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩
لسنة ١٩٧٧ وبيعض الأحكام الخاصة بإيجار الأماكن غير السكنية
من أنه :

" فإذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو
مهنى أو حرفى ، فلا ينتهى العقد بموت المستأجر ويستمر لصالح
الذين يستعملون العين من ورثته فى ذات النشاط الذى كان يمارسه
المستأجر الأصلى طبقاً للعقد ، أزواجاً وأقارب حتى الدرجة الثانية،
نكسوراً وإنثاء من قصر وبلغ ، يستوى فى ذلك أن يكون الاستعمال
بالذات أو بواسطة نائب عنهم " .

واعتباراً من اليوم التالى لتاريخ نشر هذا القانون المعدل،
لايستمر العقد بموت أحد من أصحاب حق البقاء فى العين إلا
لصالح المستفيدين من ورثة المستأجر الأصلى دون غيره ولمرة
واحدة .

(١) حسن كيره ص ٣٣٣ ومابعدها - رمضان أبو السعود ص ٣٠٨ ومابعدها .

فهذه المادة تقضى بأن :

١- لاينتهى العقد بموت المستأجر ويستمر لصالح الذين يستعملون العين من ورثته فى ذات النشاط الذى كان يمارسه الأصلي طبقا للعقد .

٢- أن الامتداد يقتصر على الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية .

٣- أنه اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشر القانون لايسمر العقد بموت أحد من أصحاب حق البقاء فى العين إلا لصالح المستفيدين من ورثة المستأجر الأصلي دون غيره ولمرة واحدة .

٤- أن العقد لايسمر لصالح الشريك فى العين .

بينما تنص المادة الخامسة من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ بتنظيم المنشآت الطبية - وهى سابقة على المادة المذكورة- على أن : " لاينتهى عقد إيجار المنشأة الطبية بوفاة المستأجر أو تركه العين ويستمر لصالح ورثته وشركائه فى استعمال العين بحسب الأحوال الخ " .

فهذه المادة تقضى :

١- بعدم انتهاء عقد إيجار المنشأة الطبية بوفاة المستأجر أو تركه العين وباستمراره لصالح ورثته دون أن تحدد ورثة المستأجر والمستفيدين بورثته حتى الدرجة الثانية .

٢- بعدم انتهاء عقد إيجار المنشأة الطبية بوفاة المستأجر أو تركه العين وباستمراره لصالح ورثته وشركائه فى استعمال العين بحسب الأحوال ، بينما لم تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩ سالفه الذكر - بعد تعديلها - على استمرار الإيجار لصالح الشريك فى أية حالة .

ورغم هذا فإن حكم المادة الخامسة من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ يستمر ساريا بالنسبة للمنشآت الطبية باعتباره حكما خاصا .

وتبرير ذلك أن القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ الذى عدل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ سالفه الذكر وإن كان لاحقا على القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ إلا أن نص القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ نص عام يسرى على كافة الأماكن المؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهنى أو حرفى ، أما نص المادة الخامسة من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ فهو نص خاص يسرى على أحد أوجه النشاط المهنى وهى المنشآت الطبية ، والقاعدة أن النص الخاص يقيد النص العام، ولو كان النص العام لاحقا على النص الخاص^(١).

٣- أن يكون التعارض بين حكم قديم^١ خاص وحكم حديث عام.

إذا كان التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما خاصا ، وبين قواعد قانونية جديدة تضع حكما عاما ، فلا يستخلص

(١) راجع مؤلفنا شرح القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ للطبعة السادسة ص ٢٧

من هذا التعارض أن الحكم الجديد قد نسخ^١ الحكم القديم الخاص، بل يظل الحكم القديم الخاص قائما وساريا باعتباره استثناء واردا على القاعدة العامة التي يضعها الحكم الجديد العام . فالعام إذن لا يلغى الخاص . بل يسريان معا على أساس اعتبار العام هو الأصل وبقاء الخاص مجرد استثناء وارد عليه . ولذلك لا يلغى الحكم الخاص ضمنيا إلا بحكم خاص مثله متعارض معه ^(١) . فهناك قاعدة تقول أن الحكم العام لا يلغى الحكم الخاص ولو كان لاحقا عليه .

ومثال ذلك أن القانون رقم ١٢١، لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن صدر متضمنا أحكاما خاصة في تنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين بمراعاة ظروف أزمة المساكن ، ثم صدر بعد ذلك التقنين المدني الحالي الذي ابتدأ نفاذه منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ متضمنا بين نصوصه نصوصا عامة في شأن تنظيم عقد الإيجار . فليس من شأن ذلك اعتبار نصوص القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ملغاة بنصوص الإيجار الموجودة في التقنين المدني رغم ما بينهما من تعارض . إذ نصوص التقنين المدني في ذلك إنما نضع أحكاما عاما لا تنسخ الأحكام الخاصة التي يتضمنها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بل تظل هذه الأحكام الخاصة

(١) أحمد سلامة ص ٢٧٦ - سليمان مرقس ص ١٧٤ .

السابقة قائمة باعتبارها استثناء من الأحكام العامة اللاحقة التى جاء بها التقنين المدنى الجديد^(١).

الحالة الثانية :

صدور تشريع جديد ينظم الموضوع الذى سبق أن نظمته تشريع قديم :

الحالة الثانية للإلغاء الضمنى أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيمًا كاملاً وضعاً من الأوضاع أفرد له تشريع سابق ، وفى هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخاً جملة وتفصيلاً ولو انتفى التعارض بين بعض نصوصه ونصوص التشريع الجديد ، وذلك دون حاجة إلى النص فى التشريع الجديد على هذا النسخ . وإن كان المشرع ينص غالباً ، فى التشريع اللاحق الذى يعيد به تنظيم نفس الموضوع على إلغاء التشريع السابق الذى كان ينظمه ، وهو بذلك يجعل الإلغاء صريحاً ، ولو قد سكت عن التصريح بالإلغاء لتحقيق الإلغاء ضمناً من مجرد إعادة تنظيم نفس الموضوع من جديد .

ومن أمثلة ذلك ما رأيناه سلفاً فى القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل

(١) عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء السادس المجلد الثانى ١٩٦٣ ص ٨٨٨ وما بعدها .

الأحوال الشخصية والقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد .

وكذا نص المشرع في القرار بقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات على إلغاء القانون السابق المنظم للجامعات رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ .

وما نصت عليه المادة ٣٤ من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٩ في شأن السجل التجارى من إلغاء القانون رقم ٢١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالسجل التجارى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" والأصل فى نسخ التشريع أن يتم بنص صريح يتضمنه تشريع لاحق وهذا هو النسخ الصريح ، إلا أن النسخ قد يكون ضمنيا وللنسخ الضمنى صورتان : فإما أن يصدر تشريع جديد يشتمل على نص يتعارض تعارضا تاما مع نص فى التشريع القديم وفى هذه الحالة يقتصر النسخ على الحدود التى يتحقق فيها التعارض. وإما أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيميا كاملا وضعا من الأوضاع أفرد له تشريع سابق وفى هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخا جملة وتفصيلا ولو اختلف التعارض بين بعض نصوص هذا التشريع ونصوص التشريع الذى تلاه ، وقد أخذ القضاء بهذه التفرقة فقضت محكمة الاستئناف المختلطة (١٥ يناير سنة ١٩١٤ ب ٢٦ ص ١٤١) بأنه " إذا تعلق التعارض بين

التشريع السابق والتشريع اللاحق بالمبدأ الذى أسس عليه التشريع السابق وجب أن يتناول النسخ أحكام هذا التشريع جميعا وفى غير هذه الحالة لايتناول النسخ إلا النصوص التى تتعارض تعارضا مطلقا مع نصوص التشريع الجديد * (١).

٩٢ - الوضع فى حالة الإحالة على قانون ملغى :

قد يحدث أن تحيل بعض القوانين فى سبيل تحديد شروط تطبيقها وآثارها وإجراءاتها إلى نصوص قائمة فى قوانين أخرى. ومثال ذلك ما كانت تنص عليه المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (بالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المليّة وإحالة الدعاوى التى كانت منظورة أمامها إلى المحاكم الوطنية) - قبل إلغائه - على تطبيق ما لم يبلغ من الأحكام الواردة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . فنص المادة الخامسة إذن نص محيل وما بقى من نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية نصوص محال إليها. فى هذه الحالة يكون القانون المحيل قد ألحق هذا البيان (النصوص المحال إليها) ضمن أحكامه هو ، فيضحي جزءا منه يسرى بسريانه دون توقف على سريان القانون الآخر المحال عليه. ومن ثم لا يؤثر إلغاء القانون الأخير على سريان أحكامه المحال عليها بمقتضى القانون المحيل .

(١) مجموعة الأحكام التحضيرية جـ ١ ص ١٩٦ .

أما إذا كانت الإحالة مطلقة إلى ما يبينه أو يقرره قانون آخر ، فإن مؤدى ذلك أن القانون المحيل لم يعن بتضمين أحكامه أمرا محددا في خصوص ما أحال به وإنما ترك ذلك للقانون المحال إليه بما في ذلك ما يطرأ عليه من تعديل أو تغيير . ومن ثم يترتب على إلغاء القانون المحال إليه إلغاء العمل بنصوصه في نطاق القانون المحيل .

ويشبه هذا الوضع إذا كانت النصوص المحال عليها الملغاة تنظم مرفقا عاما ، أو جهة من جهات التقاضى . إذ فى هذه الحالة فإن النصوص المحيلة تصحيح غير ممكنة التطبيق ، مما يتعين معه القول بأن إلغاء النصوص المحال إليها يترتب عليه إلغاء النصوص المحيلة ذاتها . أما إذا ألغيت النصوص المحال إليها وحلت محلها نصوص أخرى ، فيرى البعض أن الإحالة تنتقل إلى النصوص الجديدة .

وعلى أى حال فيجب على المشرع مواجهة الأمر ، فيعدل الإحالة بجعلها إلى المرفق أو المحكمة الجديدة إن وجدت أو إلى مرفق أو محكمة أخرى من المرافق أو المحاكم الأصلية القائمة ، لإمكان الاستمرار فى تطبيق هذه القوانين المحيلة ^(١).

(١) رمضان أبو السعود ص ٣١٥ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " القانون حينما يحدد نطاق بعض أحكامه بالإحالة إلى بيان محدد بعينه في قانون آخر ، فإنه بذلك يكون قد ألحق هذا البيان بذاته ضمن أحكامه هو فيضحي جزءا منه يسرى بسريانه دون توقف على سريان القانون الآخر الذى ورد به ذلك البيان أصلا . أما إذا كانت الإحالة مطلقة إلى ما يبينه أو يقرره قانون آخر ، فإن مؤدى ذلك أن القانون المحيل لم يعن بتضمين أحكامه أمرا محددا فى خصوص ما أحال به وإنما ترك ذلك للقانون المحال إليه بما فى ذلك ما قد يطرأ عليه من تعديل أو تغيير " .

(ب) تنص المادة الخامسة من القانون رقم ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى على السيارات على أن " يلتزم المؤمن بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو عن أية إصابة بدنية تلحق أى شخص من حوائث السيارة إذا وقعت فى جمهورية مصر وذلك فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٦ من القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ " فمن ثم يكون قانون التأمين الإجبارى على السيارات المذكور قد ألحق بحكم المادة الخامسة منه ذات البيان الوارد بالمادة ٦ من قانون المرور رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بصدد تحديد المستفيدين من التأمين فلا يتأثر بقاء هذا البيان بإلغاء قانون المرور المذكور . وبالتالي يظل الوضع على ما كان عليه من أن التأمين على سيارات النقل يكون لصالح الغير والركاب دون عمالها " .

(طعن رقم ١١٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٧)

٢- (أ) - " حينما يحدد القانون نطاق بعض أحكامه بالإحالة إلى بيان محدد بعينه في قانون آخر ، فإنه يكون قد ألحق هذا البيان ضمن أحكامه فيضحي جزءا منه يسرى بسريانه حين توقيف على استمرار القانون الآخر الذي ورد به ذلك البيان أصلا ، وكانت المادة الخامسة من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى على السيارات أحالت في تحديد من يشملهم إلى الأحوال المنصوص عليها في المادة السادسة من القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ . فإن إلغاء هذا القانون بقانون المرور رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ لا أثر له على اعتبار البيان الوارد بتلك المادة جزءا من المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ . "

(ب) - " مفاد نص الفقرة الثالثة من المادة السادسة من القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ التى أحالت إليها المادة الخامسة من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباى على السيارات والشرط الأول من نموذج التأمين الملحق بقرار وزير المالية والاقتصاد رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٥ الصادر تنفيذا للمادة الثانية من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ الذى تضمنته الوثيقة موضوع الدعوى أن التأمين الإجبارى على سيارة النقل يكون لصالح الغير من حوادثها ولصالح الركابين المشار إليهما بالوثيقة - طبقا للفقرة هـ من المادة (١٦) من القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥- أينما كانا فى داخل السيارة سواء فى غرفة قيادتها أو فى صندوقها " .

(طعن رقم ٩٨١ لسنة ٥٨ ق "هيئة عامة" جلسة ١٩٩١/١/٣١)

٩٤- هل يستتبع إلغاء القانون إلغاء لوائحه التنفيذية ؟

راجع بند (٢١) .

٩٥- النص في التشريع اللاحق على إلغاء كل ما يخالفه من نصوص :

قد يتحقق الإلغاء بورود النص في التشريع اللاحق على إلغاء كل ما يخالفه من نصوص .

ويرى البعض أن ذلك يعد إلغاء صريحا مما يترتب عليه إلغاء الأحكام القانونية السابقة المخالفة ولو كان التشريع اللاحق تشريعا عاما وكانت الأحكام المخالفة السابقة وردت في تشريع خاص. إذ أن القاعدة التي نقضى بأن التشريع العام اللاحق لا يلغى التشريع الخاص السابق يقتصر مجال إعماله على حالة الإلغاء الضمنى دون الإلغاء الصريح^(١). ويلاحظ أن المادة الثانية من مواد إصدار القانون المدنى - كما رأينا سلفا - كانت تتضمن فقرة ثانية بنص على إلغاء كل نص يخالف أحكامه فحذفت اللجنة التشريعية بمجلس الشيوخ هذه الفقرة وعللت هذا الحذف بقولها : " إن المقصود هو الإبقاء على التشريعات الخاصة التى صدرت استثناء من القانون المدنى منشئة أوضاعا دائمة أو موقوتة حتى لايتعرض النص فى

(١) مشار إلى هذا الرأى بمؤلف رمضان أبو السعود ص ٣٠٦ وما بعدها.

عمومه إلى إلغائه هذه الأوضاع الأمر الذى لا يدخل فى قصد المشرع .

بينما ذهب رأى آخر - نؤيده - إلى أن ورود النص فى التشريع اللاحق على إلغاء كل ما يخالفه من نصوص يعتبر مقررًا فقط للإلغاء الضمنى الذى يتأتى بمجرد حصول التضارب بين التشريع الجديد والتشريع القديم (١).

وفى المادة الثانية من التقنين المدنى سند لذلك فهى تنص على أن : " لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع " .

يضاف إلى ذلك ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " وغنى عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعى بمقتضى عرف لاحق " (٢).

ويرى البعض أن التشريع الذى يطول إهماله وعدم استعماله مع توافر ظروف انطباقه ، ينسأه الناس مع الزمن أو يعتقدون أنه قد

(١) سليمان مرقس ص ١٧٣ - رمضان أبو السعود ص ٣٠٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ١٩٦ .

ألقى ، ويكونون معذورين إذا لم ينظموا سلوكهم وفقا له . فليس من العدل أن يفاجأوا بإيقاظه من سباته الطويل وتطبيقه على ما وقع منهم في أثناء رقدته . هذا فضلا عن أن التسليم بإمكان إيقاظ التشريع من نومه يضع في يد عمال السلطة التنفيذية ورجال النيابة والقضاء سلطة تحكمية يخشى أن يؤدي استعمالها إلى الإساءة إلى التشريع ذاته وإلى من ينطبق عليهم هذا التشريع . ولذلك يجب اعتبار التشريع موقوفا طوال المدة التي جرى فيها العرف بعدم استعماله ، وأنه بناء على ذلك لايجوز تطبيقه على ما يقع من مخالفات له في أثناء تلك المدة ، بل يجب التنبيه على التزام العودة إلى العمل به مستقبلا ، وقصر تطبيقه على ما يحدث بعد ذلك ^(١) .

ويرى البعض - بحق - أنه ليس لهذا الرأي ثمة سند في القانون ، بل إنه يتعارض صراحة مع نص المادة الثانية من التقنين المدني ^(٢) .

(١) سليمان مرقس ص ١٧٨ وما بعدها .

(٢) أحمد سلامة ص ٢٧٢ .

مادة (٣)

تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم ينص القاتون على غير ذلك .

الشرح

٩٦- الوضع فى ظل التقنين المدنى القديم :

لم يتضمن التقنين المدنى القديم نصا مماثلا لنص المادة (٣) من التقنين المدنى الجديد .

وكان الأصل فى حساب المواعيد فى ظل ذلك القانون أن تكون بالتقويم الهجرى ، ما لم ينص القانون على غير ذلك .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " القاعدة فى حساب التقادم - فيما قبل القانون المدنى الجديد المعمول به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩- أنه ما لم ينص القانون على حساب التقادم بالتقويم الميلادى فإن المدة تحسب بالتقويم الهجرى، وإذن فإنه لما كانت المادة ٢٤ من القانون ٤٤ سنة ١٩٣٩ قد نصت على أنه " يسقط حق الخزانة فى المطالبة بدفع الرسوم المستحقة والتعويض المدنى بمضى خمس سنوات من اليوم الذى استعملت فيه الورقة الخاضعة للرسم ويسقط الحق فى طلب رد الرسوم المحصلة بغير حق بمضى سنتين " ولم تذكر هذه المادة أن الخمس سنوات التى يسقط حق الخزانة فى المطالبة بالرسوم بعد مضيها ميلادية، وكانت الرسوم المطالب بها فى واقعة

الدعوى مستحقة عن مدة سابقة على العمل بالقانون المدنى الجديد،
فإن هذه الخمس سنوات يتعين أن تحسب بالتقويم الهجرى " .

(طعن رقم ١١١ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٢/٣ / ١٩٥٩)

٩٧- احتساب المواعيد بالتقويم الميلادى فى ظل التقنين المدنى الجديد :

لم تكن المادة الثالثة والتي تقضى باحتساب المواعيد بالتقويم
الميلادى وارده بالمشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد . ولكن
أضافتها لجنة المراجعة إلى المشروع ^(١) .

وقد جاءت الفقرة الرابعة من المادة ١٥ من قانون المرافعات
مؤيدة للمادة الثالثة من التقنين المدنى إذ نصت على أن : " وتحسب
المواعيد المعينة بالشهر أو السنة بالتقويم الشمسى ما لم ينص
القانون على غير ذلك " .

وعلى ذلك فإنه اعتبارا من تاريخ العمل بالتقنين المدنى الجديد
فى ١٥/١٠/١٩٤٩ تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم يرد
نص خاص بخلاف ذلك .
وتحسب السنة ٣٦٥ يوما .

(١) فأثناء نظر مشروع التقنين المدنى بلجنة المراجعة اقترح معالى
السنبورى باشا وضع مادة جديدة تنص على حساب المواعيد بالتقويم
الميلادى فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١
ص ١٩٨ .

والمواعيد الواردة بالتقنين المدنى إنما تقدر باليوم أو الشهر أو السنة . ولا يحسب ضمن الميعاد يوم حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجريا للميعاد ، وإنما يحسب من اليوم التالى له (م ١/١٥ مرافعات) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر فى حساب المواعيد أنه إذا كان الميعاد مقدرًا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجريا للميعاد فإذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد ، وتتبع تلك القاعدة التى أوردتها المشرع فى المادة ١٥ من قانون المرافعات فى احتساب جميع المواعيد فى سائر فروع القانون كما تتبع أيضا فى حساب المدد والأجال على سبيل القياس ، فإذا كان الأجل محددًا بالأيام أو بالشهور فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر مجريا للأجل ويبدأ الميعاد من نهاية ذلك اليوم وينتهى بنهاية اليوم المماثل له فى الشهر الذى ينتهى فيه الأجل ، وإذا كان أجل الوقف سنة شهور قد بدأ بصدور الحكم بالوقف فى ١٩٧٣/١/٢٠ فإنه يبدأ من نهاية ذلك اليوم وينتهى بنهاية اليوم

المماثل له فى الشهر السادس أى بنهاية يوم ١٩٧٣/٧/٢٠ ، وينبدأ
ميعاد الثمانية أيام التالية لنهاية الأجل بيوم ١٩٧٣/٧/٢١ وينتهى
بنهاية يوم ١٩٧٣/٧/٢٨ ، وإذ كان إعلان صحيفة التعجيل للهيئة
المطعون ضدها قد تم فى ١٩٧٣/٧/٢٩ فإنه يكون قد تم بعد
انقضاء ميعاد الثمانية أيام التالية لنهاية أجل الوقف ."

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٥ فى جلسة ١٩٧٨/٦/٢٨)

٩٨- التقويم فى مسائل الأحوال الشخصية :

الأصل فى التقويم فى مسائل الأحوال الشخصية هو التقويم
الهجرى ذلك أن الشريعة الإسلامية تأخذ بهذا التقويم.
ولا يستثنى من ذلك إلا ما يرد نص بشأنه.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٢٣ من المرسوم بقانون رقم
٢٥ لسنة ١٩٢٥ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية من أن: "
المراد بالسنة فى المواد من (١٢ إلى ١٨) هى السنة التى عدد
أيامها ٣٦٥ يوما .

وما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠
بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل

الأحوال الشخصية من أن : " تحسب المدد والمواعيد الإجرائية المنصوص عليها في هذا القانون بالتقويم الميلادى ."

٩٩- التقويم فى التشريعات الجنائية :

يعمل بالتقويم الميلادى أيضا فى نطاق التشريعات الجنائية ، فهو الأصل لأنه فى الغالب الأعم هو التقويم الأصلح للمتهم ^(١) . كما نصت المادة ٥٦٠ من قانون الإجراءات الجنائية على أن : " جميع المدد المبينة فى هذا القانون تحسب التقويم الميلادى ."

ومن الأمثلة التى يكون التقويم الميلادى فى صالح المتهم ما تنص عليه المادة ٦٤ من قانون العقوبات من أنه : " لاتقام الدعوى على الصغير الذى لم يبلغ من العمر سبع سنين كاملة " فيكون احتساب السن بالتقويم الميلادى أصلح للمتهم لأن التقويم الهجرى يسبق التقويم الميلادى .

غير أنه فى الحالات التى يكون فيها التقويم الهجرى أصلح للمتهم فإنه يؤخذ بهذا التقويم دون التقويم الميلادى . ومثال ذلك أن المادة ١/٢٦٨ من قانون العقوبات التى تعاقب على هناك عرض إنسان بالقوة أو التهديد أو الشروع فى ذلك بالسجن المشدد من ثلاث سنين إلى سبع وإذا كان عمر من وقعت عليه الجريمة ست عشرة سنة كاملة . يجوز إبلاغ مدة العقوبة إلى أقصى الحد المقرر للسجن

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى ص ٣٥٧ .

المشدد . فإذا احتسبنا من المجنى عليه بالتقويم الهجرى لكان ذلك أصح للمتهم لأن التقويم الهجرى - كما ذكرنا سلفا - يسبق التقويم الميلادى . ومن ثم يؤخذ فى عقوبة هذه الجريمة بالتقويم الهجرى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " وحيث إنه يبين من الإطلاع على حكم محكمة أول درجة المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه ، أنه احتسب سن المجنى عليها بالتقويم الميلادى على أساس ما ثبت لديه من قسيمة زواجها من أنها من مواليد ٥ فبراير سنة ١٩٤٨ وأن الطاعن قد اقتصرت ما أسند إليه منذ زواجه بها بتاريخ ٧ من أكتوبر سنة ١٩٦٥ ، وخلص إلى أن المجنى عليها لم تبلغ من السن ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة وقت وقوع الحادث . لما كان ذلك ، وكانت المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات إذ سكنت عن النص على التقويم الذى يعتد به فى احتساب عمر المجنى عليها ، فى الجريمة المنصوص عليها فيها - وهو ركن من أركانها - فإنه يجب الأخذ بالتقويم الهجرى الذى يتفق مع صالح المتهم أخذا بالقاعدة العامة فى تفسير القانون الجنائى ، والذى تقضى بأنه إذا جاء النص العقابى ناقصا أو غامضا فينبغى أن يفسر بتوسع لمصلحة المتهم وبتضييق ضد مصلحته ، وأنه لايجوز أن يؤخذ فى قانون العقوبات بطريق القياس ضد مصلحة المتهم ، لأنه من المقرر أنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص .

ومتى كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذه القاعدة القانونية- التى تعتبر أصلاً هاماً من أصول تأويل النصوص العقابية - فإنه يكون معيباً بالخطأ فى تأويل القانون . لما كان ذلك، وكان احتساب عمر المجنى عليها بالتقويم الهجرى على أساس تاريخ ميلادها الثابت فى قسيمة زواجها والذى لم تجادل فيه ، يجعل سنها وقت وقوع الفعل الذى نسب إلى الطاعن مقارفته يزيد عن ثمانى عشرة كاملة مما لا يتوافر معه أحد أركان الجريمة ، فإن هذا الفعل يصبح غير معاقب عليه ويتعين لذلك نقض الحكم المطعون فيه وبراءة الطاعن".

(طعن رقم ١٧٧٩ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٤)

٢- " وحيث إنه يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه عرض لدفاع الطاعن من أن المجنى عليها بلغت وقت وقوع الفعل المسند إليه ثمانى عشرة سنة هجرية ورد عليه بقوله : " إن الأصل فى تحديد السن الذى يعول عليه هو بالتقويم الميلادى ما لم يرد نص خاص مثل النص الوارد بالمادة ٢٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل ... " ثم احتسب سن المجنى عليها بالتقويم الميلادى على أساس ما ثبت من تحقیقات النيابة أنها من مواليد ١ أكتوبر سنة ١٩٧٢ وأن الطاعن قد اقتترف ما أسند إليه خلال شهر يوليو

سنة ١٩٩٠، وخلص إلى أن المجنى عليها لم تبلغ من السن ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة وقت وقوع الحادث . لما كان ذلك ، وكانت المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات إذ سكنت عن النص على التقويم الذى يعتد به فى احتساب عمر المجنى عليها ، فى الجريمة المنصوص عليها فيها - وهو ركن من أركانها- فإنه يجب الأخذ بالتقويم الهجرى الذى يتفق مع صالح المتهم أخذاً بالقاعدة العامة فى تفسير القانون الجنائى ، والتى تقضى بأنه إذا جاء النص العقابى ناقصاً أو غامضاً فينبغى أن يفسر بتوسع لمصلحة المتهم وبتضييق ضد مصلحته وأنه لايجوز أن يؤخذ فى قانون العقوبات بطريق القياس ضد مصلحة المتهم ، لأنه من المقرر أنه لاجريمة ولاعقوبة بغير نص . ومتى كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذه القاعدة القانونية التى تعتبر أصلاً هاماً من أصول تأويل النصوص العقابية- فإنه يكون معيباً بالخطأ فى تأويل القانون . لما كان ذلك ، وكان هذا الخطأ قد حجب المحكمة عن احتساب عمر المجنى عليها بالتقويم الهجرى على أساس تاريخ ميلادها الثابت بدليل معتبر قانوناً وكان الحكم المطعون فيه وإن أشار إلى سن المجنى عليها الثابت بتحقيقات النيابة إلا أنه لم يبين المصدر الذى نقلت عنه تحقيقات النيابة هذا السن مما يعجز محكمة النقض عن مراقبة

صحة تطبيق القانون على الواقعة كما صار إثباتها بالحكم وأن
تقول كلمتها فيما يثيره الطاعن من أن سن المجنى عليها يزيد عن
الثمانية عشر عاماً وقت وقوع الفعل الذي نسب إليه أخذاً بالتقويم
الهجرى . لما كان ما تقدم ، فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه
والإحالة بغير حاجة إلى بحث باقى أوجه الطعن " .

(طعن رقم ١٤١٢ لسنة ٦١ ق جلسة ١٤/٣/١٩٩٣)

مادة (٤)

من استعمال حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ
عن ذلك من ضرر .

الشرح

١٠٠- النص مستحدث في التقنين المدنى الجديد :

لم يكن لهذا النص نظير فى التقنين المدنى القديم .
كما لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدي للتقنين المدنى
الجديد . وإنما أضافته لجنة المراجعة إلى المشروع ، بناء على
اقتراح الدكتور السنهاورى وضع مادة جديدة تقرر المبدأ العام الذى
يمهد للمادة التالية ^(١) .

١٠١- تعريف الحق :

الحق سلطة يقررها القانون لشخص معين يستطيع بمقتضاها
القيام بأعمال معينة تحقيقاً لمصلحة يقرها القانون . فمثلاً حق
الملكية الذى يقرره القانون لشخص على مال معين ، يخول صاحب
الحق سلطة استعمال واستغلال والتصرف فى الشئ الذى يقع عليه
الحق ^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٩٩ .

(٢) الدكتور عبد الوود يحيى محاضرات فى المنخل لدراسة القانون (نظرية

الحق) ١٩٦٨ - ١٩٦٩ ص ٩ - حسن كيرة ص ٧٠٣ .

وفى هذا الصدد ينبغي اجتناب الخلط بين " محل الحق " وبين "مضمون الحق " فمضمون الحق هو السلطات أو المكنات التى يعطيها الحق ويحولها لصاحبه ، بينما محل الحق هو ما يرد أو يقع عليه الحق - بمضمونه هذا- من شئ أو عمل . فمضمون حق الملكية مثلا هو - كما ذكرنا سلفا - ما يثبت للمالك من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، بينما يعتبر الشئ الذى تنصب عليه هذه السلطات هو محل هذا الحق .

ومحل الحق قد يكون شيئا وقد يكون عملا . والمثل الرئيسى للحقوق التى محلها أشياء هو الحق العينى الذى يعطى صاحبه سلطة قانونية مباشرة على شئ مادى ، وكذلك فالحق ذهنى محله شئ من الأشياء وإن كان شيئا معنويا غير مادى هو الخلق ذهنى أو الفكرى . والمثل الرئيسى للحقوق التى محلها أعمال هو الحق الشخصى أو حق الدائنية ، إذ هو سلطة للدائن فى اقتضاء عمل من جانب المدين سواء كان هذا العمل إيجابيا أو سلبيا .

١٠٢- تعريف الواجب :

الحق إذن مزية يقررها القانون لشخص معين . ولكن هذه المزية لا تكون لها قيمة عملية إلا إذا فرض القانون على سائر الأشخاص احترامها وعدم التعرض لصاحبها فى استعمالها . لذلك يقرن القانون كل حق لشخص معين بواجب عام يقع على الكافة ويفرض عليهم احترام هذا الحق .

ففى حق الملكية مثلا لا يكفى أن يخول القانون المالك سلطة الاستمتاع بملكه ، بل يجب أن يقرن ذلك بنهى سائر الأشخاص عن مباشرة هذه السلطة على الملك المذكور ذاته ، وعن التعرض للمالك فى مباشرة هذه السلطة وهذا النهى العام وما يترتب عليه من حماية سلطة المالك على ملكه هو الذى يميز هذه السلطة من سلطة السارق المادية على الشئ المسروق ، ويسمح باعتبار الأولى سلطة قانونية فى حين أن الثانية ليست سوى سلطة فعلية .

وقد اعترض بعض الشراح على فكرة الواجب العام الذى يقابل كل حق ، فقالوا إنه ليس من المعقول أن كل حق يتقرر لشخص معين يقابله واجب يقع على عاتق ملايين الأشخاص الذين لا تربطهم بصاحب الحق أية رابطة ، بل ودون أن يعلموا بهذا الحق. ولكن يرد على هذا بأن الواجب العام الذى يقع على عاتق الكافة ، ليس إلا الواجب الذى ينشأ من الخضوع للقواعد القانونية العامة التى تقضى باحترام حقوق الغير . يضاف إلى هذا أنه لو قيل بغير ذلك لكان معنى هذا أن الأفراد يستطيعون الاعتداء على حق صاحب الحق كلما سمحت ظروفهم المادية بذلك ، وهذه نتيجة يأبأها القانون^(١).

(١) سليمان مرقس ص ٤٢٣ - عبد الوود يحيى ص ٩ وما بعدها .

والحقوق تفترض وجود روابط قانونية ، فهي تفترض وجود الأفراد فى مراكز متفاوتة قبل بعضهم البعض . فتضع بذلك صاحب الحق فى مركز ممتاز على غيره من الناس بما تخوله له من تسلط أو اقتضاء .

ورابطة التسلط هى التى لا تتصور إلا من شخص على شئ لأن التسلط محله الأشياء لا الأشخاص .

ورابطة الاقتضاء هى التى لا تكون إلا بين شخص وشخص آخر لأنها تفترض إلزام بأداء معين والإلزام لا يتصور وقوعه إلا على عائق الأشخاص وحدهم^(١).

١٠٢- تعريف الرخص العامة :

الرخصة العامة هى إباحة عامة تتيح لكل شخص حرية القيام بما لا يحرمه القانون كحرية السير فى الطريق العام وحرية الاتجار وحرية القول وحرية الالتجاء إلى القضاء بصفة عامة^(٢) .

فالرخص العامة على عكس الحقوق لا تفترض وجود روابط قانونية بعد بحيث تتفاوت بشأنها المراكز بين الأشخاص ، بل هى تفترض وجود الأشخاص فى نفس المركز من حيث التمتع بما

(١) حسن كيره ص ٤٣٧ وما بعدها .

(٢) الدكتور سليمان مرقس المسئولية المدنية فى تقنيات البلاد العربية

القسم الأول ١٩٧١ ص ٣١٠ .

تخوله من سلطات. ولذلك فهي لاتعرف فكرة الاستثناء أو الانفراد.
بل يتمتع الكافة بالحريات أو الرخص العامة على قدم المساواة .
غير أن الرخصة العامة قد تولد أحيانا حقا من الحقوق بالمعنى
الاصطلاحي الدقيق، وذلك إذا وقع اعتداء عليها من أحد الأفراد، إذ
بمجرد وقوع هذا الاعتداء - وليس قبله - تنشأ رابطة قانونية هي
رابطة اقتضاء تعطى للمعتدى على حريته حقا في التعويض قبل
المعتدى^(١) .

ويذهب رأى فى الفقه إلى أن فكرة التعسف ترد على الانحراف
فى استعمال الحقوق ، وليس على الانحراف فى استعمال الرخص
العامة . ويحكم الانحراف فى استعمال هذه الرخص فكرة الخطأ
فى نطاق المسؤولية التقصيرية^(٢).

ويستطرد أنصار هذا الرأى بأن المشرع المصرى يأخذ بهذا
النظر، فقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد يتضمن
نصا يمهّد للأحكام المتعلقة بالتعسف فى استعمال الحق بالترقة بين
الحقوق وبين الرخصة العامة إذ نصت المادة (٥) منه على أن:
"الحقوق المدنية نوعان : حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص

(١) حسن كيره ص ٤٤٠ وما بعدها .

(٢) حسن كيره ص ٧٨٣ وما بعدها - سليمان مرقس فى المسؤولية المدنية

ص ٣٣٦ وما بعدها .

بها دون غيره ، ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة " - وقد جاء عن هذه المادة بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " تفرق المادة ٥ من المشروع بين الحق والرخصة وهى بذلك تمهد للأحكام المتعلقة بالتعسف فى استعمال الحق. فالتعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها أما للرخص فلا حاجة إلى فكرة التعسف فى ترتيب مسئولية من يباشرها عن الضرر الذى يلحق الغير من جراء ذلك ... وهذه الرخص أو الإباحات لا حاجة إلى فكرة التعسف فيها لتأمين الغير ما ينجم من ضرر عن استعمال الناس لها لأن أحكام المسئولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه^(١). وأن هذا النص وإن كان قد حذف ولم يظهر فى التقنين ، فلا ينتقص ذلك من دلالاته على اتجاه المشرع لأن حذفه كان على أساس اعتباره عملا فقهيا أكثر منه تشريعيا^(٢).

بينما ذهب رأى ثان إلى أن نظرية التعسف فى استعمال الحق تسرى على الحقوق والرخص العامة على حد سواء^(٣)، إذ لامانع من امتداد نظرية التعسف لتشمل الحقوق والرخص معا . فالمشرع عندما اشترط لمشروعية الحق أن يستعمل استعمالا لا ينطوى على

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٠١ هامش (١) .

(٢) حسن كبره ص ٧٨٦ .

(٣) السنهاورى فى الوسيط جـ ١ طبعة ٢٠٠٤ ص ٧٠٢ - حسام الأهوانى

ص ٣٨٢ وما بعدها .

تعسف فإنه قد وضع قاعدة تحدد التصرفات المشروعة سواء كانت هذه التصرفات قد حددت في نص أو في صورة حق بالمعنى الدقيق أم كانت من قبيل الحقوق العامة المعترف بها للكافة .

فالمشرع يستهدف إدخال نوع من الأخلاق في التصرفات القانونية . فاستعمال أى حق سواء أكان خاصا أم عاما يؤدي إلى حد ما إلى الإضرار بالغير ولكن نظرا لأن هذا الضرر لا يمكن تفاديه فهو يعتبر مشروعا . ولكن المسؤولية تتعقد منذ اللحظة التي يكون الاستعمال قد تم في ظروف غير مشروعية .

فلكل شخص أن يدخل في منافسة مع الغير ، فهذه رخصة أو حرية، أى حق عام غير محدد .

ويعتبر استعمال تلك الرخصة مشروعا بالرغم من أنه قد يسبب بعض الأضرار للغير الذى يدخل معه في منافسة ولكن يعتبر استعمال تلك الرخصة منطويا على تعسف منذ اللحظة التي يستهدف فيها تحقيق مصلحة غير خلقية مثل الرغبة في تحطيم منافسه .

فالشخص الذى يستعمل رخصة ويسبب أضرارا مشروعة للغير يحميه القانون شأنه تماما شأن من يستعمل حقا بالمعنى الدقيق . ولكن متى كان الاستعمال قد تم في ظروف غير مشروعة فإن التعسف يوجد سواء بالنسبة للرخصة أم الحق .

فكما كفل القانون لهما الاستعمال المشروع فإنه يتدخل للحد من التعسف في استعمالهما .

أما القول بأن قواعد المسؤولية المدنية تغنى عن نظرية التعسف ففى استعمال الحق فهو غير مقبول على أساس أن مثل هذا القول يصدق سواء بالنسبة للحق بالمعنى الدقيق أو الرخصة. فإن كانت قواعد المسؤولية المدنية لم تغن عن نظرية التعسف بصدد الحقوق فلا يضحى أدنى مبرر لكفايتها فى صدد الرخص وعدم الحاجة إلى نظرية التعسف .

ويضيف أنصار هذا رأى أن الرأى الأول يرجع إلى اعتبارات تاريخية تتصل بظهور فكرة التعسف فى استعمال الحق . ففي بداية القرن التاسع عشر كنت الحقوق لاتخضع للرقابة فى استعمالها ، أما الرخص فقد كانت تخضع للرقابة بمعنى انعقاد المسؤولية فى حالة الانحراف عن المسلك المعتاد فى استعمالها فالرخص كانت تقبل التقيد على عكس الحقوق . وعندما ظهرت من جديد نظرية التعسف بهدف التضييق وتقيد استعمال الحقوق لم تظهر الحاجة - لتطبيق قواعد المسؤولية - لامتدادها إلى نطاق الرخص. وظاهر أن ذلك السبب عارض لا يتصل بجوهر نظرية التعسف. وعند زوال هذه الظروف التاريخية فإنه لا يوجد أدنى مانع من تطبيق نظرية التعسف على الرخص^(١) .

(١) حسام الأهواى ص ٣٨٣ ومابعدها .

وقد أخذت محكمة النقض بالرأى الثانى إذ قضت بأن :

" مؤدى المادة الخامسة من القانون المننى أن للمشروع اعتبار نظرية إساءة استعمال الحق من المبادئ الأساسية التى تنتظم جميع نواحي وفروع القانون والتعسف فى استعمال الحق لا يخرج عن إحدى صورتين إما بالخروج عن حدود الرخصة أو الخروج عن صورة الحق ، وفى استعمال الحقوق كما فى إتيان الرخص يجب ألا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادى ، وتقدير التعسف والغلو فى استعمال المالك لحقه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو من إطلاقات محكمة الموضوع متروك لتقديرها تستخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها دون معقب عليها فى ذلك لمحكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة كافية لحمله ومؤدية إلى النتيجة التى انتهت إليها، وإذ استخلص الحكم فى حدود سلطته التقديرية أن المصلحة التى يرمى الطاعن إلى تحقيقها استعمالا لحقه المخول له بمقتضى المادة ٢٤ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بزيادة عدد الوحدات السكنية فى المبنى المؤجر بالإضافة أو التعلية - مصلحة قليلة الأهمية لانتساب مع ما يصيب المطعمون عليه - المستأجر من غيوب بسببها فإنه يكون قد طبق صحيح القانون " .

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/٤/٢٥)

١٠٤- عدم المسؤولية عن الاستعمال المشروع للحق

تنص المادة الرابعة- كما رأينا - على أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر . وهذا أمر طبيعي ، فإدام صاحب الحق قد استعمل حقه استعمالاً مشروعاً ، ولم ينحرف به عن المشروعية ، فإنه لا تجوز مساءلته عن ثمة ضرر يقع بالغير .

والأصل هو مشروعية استعمال الحق ، فلا يكلف صاحب الحق بإثبات أنه استعمل حقه استعمالاً مشروعاً ، وإنما يقع على عاتق المضرور إثبات أن صاحب الحق استعمل حقه استعمالاً غير مشروع يتوافر به إحدى حالات التعسف المنصوص عليها في المادة الخامسة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا تمسك المستأجر بالبقاء في العين المؤجرة تنفيذاً لعقد الإيجار ولم يرضخ لإرادة المؤجر في أن يستقل بفسخ العقد فإنه يستعمل حقاً له استعمالاً مشروعاً ومن ثم فلا يمكن أن يتخذ من مسلكه هذا دليلاً على التعسف في استعمال الدفع بعدم التنفيذ . فإن دلت الحكم المطعون فيه على إساءة المستأجر لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ (بالامتناع عن الوفاء بالأجرة لقيام المؤجر بأعمال التعرض) بأن لم يستجب لرغبة المؤجر في إخلاء مسكنه وأصر على البقاء

وتنفيذ العقد فإن هذا التدليل يكون فاسدا منطقيا على مخالفة
للقانون " .

(طعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١١/١١)

٢- " متى كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه برفض
دعوى الطاعنين بالتعويض عن فصلهم من عملهم إلى ما استظهره
من واقع النزاع المعروض من أن الفصل لم يكن بقصد الإساءة
إليهم وأنه كان مبررا بما صادف المعهد من صعوبات مالية
اعترضت سبيل إدارته مما اضطر المركز الرئيسى الذى يتبعه
المعهد فى خارج البلاد إلى التقرير بغلقه نظرا لتعذر تمويله
والإنفاق عليه فى مصر ، وإلى أن الطاعنين لم يقوموا بالتدليل على
بطلان البواعث التى اقتضت غلق المعهد ولذا كان القرار الصادر
بهذا الشأن لا يتسم بالتعسف فى استعمال الحق الموجب للتعويض،
وإذ كان تقدير مبرر الغلق وما استتبعه من إنهاء عقود الطاعنين
هو من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع متى
قام قضاؤه على استخلاص سائغ ولاتجوز المجادلة فيه أمام محكمة
النقض فإن النعى بهذا السبب يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٥/٢٥)

٣- " إذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن البند
الخامس من عقد الإيجار الأصلى المبرم بين المطعون عليهما نص

على عدم جواز التنازل عن الإيجار للغير لأى سبب من الأسباب بدون إذن كتابى من المالك المؤجر وإلا اعتبر عقد الإيجار باطلاً ، وكان شرط الحصول على رضا المؤجر بالتنازل عن الإيجار يلحق بالشرط المانع المطلق فى الأثر فلا يستطيع المستأجر إلا أن يصدع به دون أن يملك مناقشة الأسباب التى جعلت المؤجر يفرضه عليه ، فطالما أجاز المشرع الشرط المانع مطلقاً أو مقيداً فلا محل للقول بأن المؤجر يتعسف فى استعمال حقه إذا تمسك بشرط يجيزه القانون وارتضاه المستأجر المتعاقد معه والذى لا يخوله حقه الشخصى فى المنفعة أكثر مما اتفق عليه مع المؤجر له. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تأييد حكم محكمة أول درجة على سند من أن المستأجر الأصلى تنازل عن العين المؤجرة للطاعن رغم أن عقد الإيجار يحرمه منه صراحة ، وعلى عدم توافر شرط بيع المتجر عملاً بالمادة ٥٩٤ من القانون المدنى على ما سلف بيانه فى الرد على السبب السابق ، فإنه لإمجل للقول بتعسف المؤجر فى استعمال حقه " .

(طعن رقم ٦٠٧ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٢/٢٢)

٤- " إذا كان اليين من مدونات الحكم المطعون فيه إن البند الثامن من عقد الإيجار الأصلى المبرم بين المطعون عليه الأول والمستأجرة الأصلية نص على عدم التأجير للغير ، وكان شرط

للحصول على رضا المؤجر بالتأجير من الباطن يلحق بالشرط المانع المطلق في الأثر فلا يستطيع المستأجر إلا أن يصدع به دون أن يملك مناقشة الأسباب التي جعلت المؤجر يفرضه عليه ، طالما أجاز المشرع الشرط المانع مطلقا أو مقيدا فلا محل للقول بأن المؤجر يتعسف في استعمال حقه إذا تمسك بشرط يجيزه القانون وارتضاء المستأجر المتعاقد معه والذي لا يخوله حقه الشخصي في الاستفادة أكثر مما اتفق عليه مع المؤجر له ، ويكون لا محل للقول بتعسف المؤجر في استعمال حقه متى قام سبب تمسكه بالشرط المانع * .

(طعن رقم ١٣٨٥ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/٦/٦)

١٠٥- نظرية التعسف في استعمال الحق عامة التطبيق :

نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية عامة التطبيق، فهي لا تقتصر على الحقوق الناشئة عن التزامات ، بل تمتد إلى كل قانون سواء في ذلك القانون المدني أو القانون التجاري أو قانون المرافعات أو القانون العام^(١).

وبالتالي تنطبق هذه النظرية على الإيضاء والطلاق .

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط الجزء الأول طبعة ٢٠٠٤ ص

٦٩٩ ومابعدهما - حسن كيره ص ٧٨٨ - حسام الدين الأهواني ص ٣٨٤.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

١- " بيد أن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع. وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها إلى قواعد المسؤولية التقصيرية بسبب قصور النصوص فهو لم يقصر التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدني وإنما بسطه على هذه النواحي جميعا بل وعلى نواحي القانون قاطبة . فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية وأنها تسرى في شأن الحقوق العينية سريانها في شأن الحقوق الشخصية وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه إلى القانون العام . ولذلك أثر المشروع أن يضع هذه النظرية وضعا عاما محتثيا مثال أحدث التقنيات وأرقاها " .

٢- " وقد ساعد على اختيار هذا المملك إقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة وعناية الفقه الإسلامي بصياغتها صياغة تضارع إن لم تقف في دقتها وإحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب . وإزاء ذلك حرص المشروع على أن ينتفع في صياغة النص بالقواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي وهي قواعد صدر

عنها التشريع المصرى فى التطبيقين اللذين تقدمت الإشارة إليهما
.... الخ (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٠٧ ومابعدا - وهناك رأى
فى الفقه يذهب إلى أن نظرية التصف فى استعمال الحق لا تسرى إلا
على ما يسمى بالحقوق المقيدة أو التقديرية ولا تسرى على ما يسمى
بالحقوق المطلقة .

والحقوق المطلقة هى التى يستقل صاحبها بتقدير كيفية استعمالها وهو
تحكمه فى ذلك دوافع شخصية بحتة لا يستطيع القاضى أن يراقبها أو
يناقش هذا التقدير ، فلا يسأل صاحبها عن نتائج استعماله إياها ولا عن
البواعث التى دفعته إلى هذا الاستعمال مهما أضر بالغير ، مثل الحق
الأدبى للمؤلف ، وحق الشريك على الشبوع فى طلب القسمة (مشار إلى
هذا للرأى فى حسام الأهوانى ص ٣٨٤ - حسن كيره ص ٧٨٧).

وقد انتقد هذا للرأى بأنه أثر من آثار المذهب الفردى الذى يرى أن
الحقوق تخول صاحبها سلطة مطلقة وحصانة مطلقة فى استعماله لحقه
ولهذا يجب الحد من نطاق التصف قدر الإمكان ، وأن هذا للرأى يجب
أن يستند مع لندثار الأفكار الفردية ، فضلا عن أنه لا يستقيم مع أحكام
القانون المصرى الصريحة فى أن نظرية التصف نظرية عامة تسرى
على جميع أنواع الحقوق سواء فى مجال القانون الخاص أم فى مجال
القانون العام (حسام الدين الأهوانى ص ٣٨٥) .

ومما يؤكد ذلك أن المشرع حينما أتاحت له فرصة التعرض لبعض هذه
الحقوق التقديرية المزعومة أخضعها صراحة لرقابة القضاء لمنع
التصف فى استعمالها فهو ينفى الصفة التقديرية المزعومة للحق

١٠٦- أساس نظرية التعسف في استعمال الحق :-

يقرر غالبية الفقه أن التعسف في استعمال الحق ليس إلا صورة من صور الخطأ التقصيري ، وبالتالي فإن نظرية التعسف في استعمال الحق تتطوى تحت نظرية المسؤولية التقصيرية وتدخل في دائرتها . فالخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية قد يكون بالخروج عن الحدود الموضوعية للحق ، وقد يتمثل في مجاوزة الحدود التي فرضها القانون لاستعمال الحق . ففي الحالة الأولى يكون الخروج صريحاً عن حدود الحق وفي الحالة الثانية يكون للخروج عن حدود الحق بالتعسف في استعماله .

المعنوى للمؤلف بفرض رقابة قضائية مبتدأة على استعمال المؤلف سلطته في تعديل المصنف وسحبه من التداول لضمان عدم التعسف فيه بالتحقق من وجود أسباب خطيرة تبرر هذا الاستعمال (حسام الدين الأهواني ص ٣٨٤ - حسن كيره ص ٧٨٨ ومابعدهما) .

كما يقول البعض بأن هذه الحقوق لا تختلف عن سائر الحقوق في طبيعتها، فهي مثلها لا بد أنها مقررة لتحقيق مصلحة معينة ولأنها وضعت لغرض معين اقتصادي واجتماعي ، ولأنها إذا كانت شرعت لخدمة مصالح خاصة لمن تقررت لهم ، فهي لم توضع إلا لرعاية هذه المصالح الخاصة في إطار مصلحة المجتمع . فلا يوجد من هذه الناحية ما يبرر تمييزها عن غيرها والتسليم بأن استعمالها لا يمكن أن تقع فيه إساءة ولا أن يوجب مسؤولية ما (سليمان مرقس في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ص ٣٣٨ ومابعدها) .

ومثال التعسف فى استعمال الحق ، أن يحفر شخص بئرا فى عقاره كى يمنع المياه عن الجار ، أو يجرى بها أعمالا أخرى للإضرار بها ، أو يرفع شخص دعوى بقصد النكاية أو يقوم الكاتب أو الخطيب بخدش اعتبار شخص أو أشخاص بغير أن تكون ثمة مصلحة عامة فى ذلك .

ففى هذه الحالات كان استعمال الحق طبقا لما يرضه القانون للمالك بإجراء ما يريد فى عقاره ، وللمدعى بما له من حق فى التقاضى ، وللكاتب أو للخطيب ، بما له من حرية إبداء الرأى . ولكن المسؤولية تتوافر لأن استعمال هذا الحق أو ذلك قد حاد فيه صاحبه عن الغرض المقصود منه .

فالأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق ليس إلا المسؤولية التقصيرية . فالتعسف فى استعمال الحق خطأ يوجب التعويض عما تسبب من أضرار^(١).

ويظل التعسف داخلا نطاق المسؤولية التقصيرية حتى ولو كان تعسفا فى استعمال حق ناشئ عن العقد . فالمؤجر الذى يتمسك

(١) المستشار حسين عامر والأستاذ عبد الرحيم عامر المسؤولية المدنية التقصيرية والعقودية الطبعة الثانية ١٩٧٩ ص ٢٢٩ ومابعدهما - الدكتور حسام الدين الأهوائى مقدمة القانون المدنى نظرية الحق ١٩٧٣ ص ٣٧٨ - الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط الجزء الأول طبعة ٢٠٠٤ ص ٧٠٢ ومابعدهما .

بالشرط المانع من الإيجار من الباطن تصفا منه يكون مسئولاً
مسئولية تقصيرية وكذلك يكون متصفاً في استعمال حقه وبالتالي
مسئولاً مسئولية تقصيرية من يقوم بإنهاء عقد العمل بإنهاء تصفياً .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن نظرية استعمال الحق مردها إلى قواعد المسؤولية في
القانون المدني ، لا إلى قواعد العدل والإنصاف المشار إليها في
المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية . فإذا كان الحكم قد
أسس قضاءه على تلك النظرية فإنه يكون قد أعمل القانون المدني
في الدعوى لا قواعد العدل والإنصاف " .

(طعن رقم ١٠١ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١١/٢٨)

مادة (٥)

يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

(ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية،

بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

(ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

الشرح

١٠٧- متى يكون استعمال الحق غير مشروع ؟

رأينا أن الأصل أن استعمال صاحب الحق لحقه يكون مشروعاً، وأنه يجب على من يدعى التعسف إثبات حصول تعسفه فى استعماله .

ومعيار التعسف فى استعمال الحق هو ذات معيار الخطأ والتقصيرى ، إذا التعسف صورة من هذا الخطأ ، فيجب ألا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادى ، فإذا هو انحرف - حتى لو لم يخرج عن حدود الحق - عد انحرافه خطأ يحقق مسئوليته .

غير أن الانحراف هنا لا يعتد به إلا إذا اتخذ صورة من الصور الثلاث التى عدتها المادة الخامسة من القانون ، والتى يطلق عليها معايير التعسف فى استعمال الحق وهى ^(١) :

(١) المنهوى ص ٧٠٣ .

- ١- قصد الإضرار بالغير .
 - ٢- رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا .
 - ٣- تحقيق مصلحة غير مشروعة .
- ونعرض لهذه المعايير الثلاثة فيما يلى .

١٠٨- المعيار الأول :

قصد الإضرار بالغير .

أول هذه المعايير هو معيار استعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير .

وهذا معيار ذاتى استقر الفقه الإسلامى والفقه الغربى والقضاء على الأخذ به .

وتتوافر نية الإضرار ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة غير مقصودة لصاحبه . أو منفعة تافهة .

فهذا المعيار يبحث عنه فى ضمير الشخص ، ولكن يمكن أن يستدل عليه بمسلك الشخص الخارجى . فيستطيع القاضى أخذاً بالقرائن القضائية أن يستنبط من هذا المسلك الخارجى توافر قصد الإضرار بالغير لدى من يتنزع باستعمال الحق استعمالاً مشروعاً . ومن أهم هذه القرائن انعدام كل مصلحة أو تحقق مصلحة ضئيلة غير مقصودة لصاحب الحق فى استعماله على الوجه الذى جعله يسبب ضرراً للغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك إذ يستنبط من ذلك أنه إنما استعمله بقصد الإضرار بالغير .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أول هذه المعايير هو معيار استعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير .

وهذا معيار ذاتى استقر الفقه الإسلامى والفقه الغربى والقضاء على الأخذ به .

وقد أفرد له التقنين الألمانى المادة ٢٢٦ وهى فى طليعة النصوص التشريعية التى دعمت أساس نظرية التعسف فى استعمال الحق .

والجوهري فى هذا الشأن هو توافر نية الإضرار ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه ، ويراعى أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالاً يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك . وقد جرى القضاء على تطبيق الحكم نفسه فى حالة تقاها المصلحة التى تعود على صاحب الحق فى هذه الحالة " (١).

١٠٩- تطبيقات عملية للتعسف طبقاً لهذا المعيار :

من التطبيقات العملية للتعسف طبق لهذا المعيار ما يأتى :

١- ما تنص عليه المادة ٦٩٥ مدنى من أنه :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٠٩ .

"١- إذا كان كان العقد قد أبرم لمدة غير معينة ، ونقضه أحد المتعاقدين دون مراعاة لميعاد الإخطار، أو قبل انقضاء هذا الميعاد، لزمه أن يعرض المتعاقد الآخر عن مدة هذا الميعاد أو عن المدة الباقية منه . ويشمل التعويض فوق الأجر المحدد الذي كان يستحق خلال هذه المدة جميع ملحقات الأجر التي تكون ثابتة ومعينة ، مع مراعاة ماتقضى به القوانين الخاصة .

٢- وإذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين كان للمتعاقد الآخر ، إلى جانب التعويض الذي يكون مستحقا له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار ، الحق في تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسحا تعسفيا . ويعتبر الفصل تعسفيا إذا وقع بسبب حجوز أوقعت تحت يد رب العمل ، أو وقع هذا الفصل بسبب ديون يكون العامل قد التزم بها للغير" .

٢- ما تنص عليه المادة ٦٩٦ منى من أنه :

"١- يجوز الحكم بالتعويض عن الفصل ولو لم يصدر هذا الفصل من رب العمل ، إذا كان هذا الأخير قد دفع العامل بتصرفاته، وعلى الأخص بمعاملته الجائرة أو مخالفته شروط العقد ، إلى أن يكون هو فى الظاهر الذى أنهى العقد .

٢- ونقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملائمة من المركز الذى كان يشغله لغير ما ذنب جناه ، لا يعد عملا تعسفيا بطريق

غير مباشر إذا ما تقتضته مصلحة العمل ، ولكنه يعد كذلك إذا كان الغرض منه إساءة العامل " .

٣- إقامة مالك مدخنة بمسطح منزله فى مواجهة نافذة جاره بقصد إيذائه.

٤- إحداث المالك حفرا فى أرضه لمجرد منع وصول المياه إلى جاره .

٥- إقامة المالك حاجزا من ألواح لحجب الضوء عن جاره ، طالما تبين أن قصد المضايقة هو الغرض الوحيد لذلك ^(١).

٦- ترك المالك كلبه الخطر طليقا فى حديقة منزله بغير ما يستوجب ذلك .

٧- التعسف فى توجيه اليمين الحاسمة :

تنص الفقرة الأولى من المادة ١١٤ من قانون الإثبات على أنه: " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر . على أنه يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متصفا فى توجيهها " .

فاليمين الحاسمة ملك الخصم لأملاك القاضى ومن ثم يكون متعينا على القاضى أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها إلا إذا بان له أن الدافع إلى توجيه اليمين غرضا انتقاميا

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٢٢٣ .

ظاهرا أو الرغبة فى إعانت خصمه وإحراجة أو كان ثابتا من عناصر الدعوى بطريقة لا تحتمل الشك كذب الوقائع المطلوب التحليف عليها ، إذا يكون الخصم متعسفا فى توجيه اليمين ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " جرى قضاء محكمة النقض على أن اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضى وأن على القاضى أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها إلا إذا بان له أن طالبها يتعسف فى هذا الطلب . ومحكمة الموضوع وإن كان لها السلطة فى استخلاص كيدية اليمين فإنه يتعين عليها أن تقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدى إليه . فإذا أقامت المحكمة حكمها بكيدية اليمين على مجرد أن الوقائع المراد إثباتها منقبة بمحررات صادرة ممن طلب توجيه اليمين فهذا منها قصور فى التسبيب ، فإن كون الواقعة المراد إثباتها باليمين تتعارض مع الكتابة لا يفيد بذاته أن اليمين كيدية " .

(طعن رقم ٩٢ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٥/٣٠)

(ب) - " اليمين الحاسمة ملك الخصم له أن يوجهها متى توافرت شروطها مهما كانت قيمة النزاع ولو كان الغرض منها إثبات ما يخالف عقدا مكتوبا ولو رسميا ، إلا فيما لا يجوز الطعن

(١) الأستاذ أحمد نشأت رسالة الإثبات الجزء الثانى ١٩٧٢ ص ١٤٥

فيه (من العقد الرسمى) إلا بالتزوير . ومن ثم يكون متعينا على القاضى أن يجيب طلب توجيهها إلا إذا بان له أن طالبها متعسف فى طلبه . والقول بأن طلب توجيه اليمين غير جدى لتناقض طالبه فى دفاعه ليس من شأنه أن يفيد أنه كان متعسفا فى توجيهها ، ومن ثم لا يصح أن يكون ذلك سببا للحكم برفض توجيه اليمين " .

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/٤/٧)

(ج) - (١) " النص فى الفقرة الأولى من المادة ١١٤ من قانون الإثبات على أنه يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر وللقاضى أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا فى توجيهها ، مؤداه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن اليمين الحاسمة ملك للخصم فيكون على القاضى أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها إلا إذا بان له أن طالبها متعسف فى هذا الطلب ، ولمحكمة الموضوع السلطة فى استخلاص كيدية اليمين على أن تقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدى إليه " .

(٢) " إذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى برفض طلب الطاعن توجيه اليمين الحاسمة فى شأن واقعة الوفاء بمبلغ مائة وخمسين جنيها من الدين العالق بذمته على سند من القول بأن الدعوى ظلت متداولة أمام محكمة أول درجة فترة استطالت اثني عشر عاما دون أن يزعم الطاعن وفاءه بذلك المبلغ الذى يدعيه

وأنه ما استهدف بهذا الطلب استظهارا من ظروف والدعوى وملابساتها سوى الكيد لخصمه وإطالة أمد التقاضى ، لما كان ذلك، وكان هذا الذى أورده الحكم كافيا فى حدود سلطته التقديرية لحمل قضائه فى استخلاص التعسف المبرر لرفض طلب توجيه اليمين الحاسمة ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بهذا الوجه يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٧٠٣ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٣)

٨- للتعسف فى حق التقاضى :

حق الادعاء أمام القضاء ليس على إطلاقه . إنما هو مقيد بوجود مصلحة مشروعة جدية ومشروعة ، فيعتبر عسفا ذلك الادعاء الذى لا يستند إلى هذه المصلحة وإنما كان وليد نزعة شريرة أو كان بسوء نية أو بقصد النكاية أو بخطأ جسيم يتساوى والغش بل إن مجرد الرغبة فى المشاكسة أو الاجترار الظاهر فى الادعاء، أو ذلك الادعاء غير المعقول ، إنما يكفى لوجوب التعتييض ، وحتى الرعونة أو مجرد الخفة فى الادعاء يوجب المساءلة. وكذلك يعتبر متعسفا من يرفع عدة دعاوى لإثباع ضعفه العائلى ، والذى يعلن بعض أقارب زوجته بعدة دعاوى لمضايقتهم باستمرارها سنوات عديدة وذلك لشدة حقه عليهم .

ومن يرفع دعوى ينسب فيها إلى كاتب العقود تقصيرا ، على غير أساس مقبول ويغير ترو . والذى يرفع دعواه أمام محكمة غير

مختصة وهو يعرف ذلك ، بقصد أن يتجشم مدينه متاعب الانتقال. ومن يختار عمدا من بين الطرق القانونية المواتية له ، ما يضر بالغير ، ومن غير أى فائدة يجتنيها ، ومن يبنى دعواه على وقائع غير صحيحة^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) " حق الاستجاء إلى القضاء من الحقوق العامة التي تثبت للكافة، إلا أنه لايسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت المساءلة بالتعويض - وسواء فى هذا الخصوص أن تقتزن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تقرن به تلك النية ، طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توفر نية الإضرار وقصد الكيد لدى الطاعن بطلبه إشهار إفلاس المطعون عليه - فحسبه ذلك ليقوم قضاؤه فى هذا الخصوص على أساس سليم " .

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٠/١٥)

(ب) "متى كانت المحكمة قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية من ظروف الدعوى وقرائن الحال فيها أن دعاوى الاسترداد التى رفعت من الغير وقضى فيها جميعا بالرفض كانت

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٢٥٧ .

دعاوى كيدية أقيمت بإيعاز من الطاعن والتواطؤ معه لإضرار بالمطعون عليه كما استندت على كيدية الدعاوى التي رفعها - الطاعن على المطعون عليه بمضيه في التقاضي رغم رفض جميع دعاويه السابقة وباستمراره في اغتصاب الأطيان موضوع النزاع رغم الأحكام المتعددة الصادرة عليه . فإنه يكون في غير محله النعى على حكمها بالقصور في بيان ركن الخطأ في مسئولية الطاعن " .

(طعن رقم ١٠١ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥٢/٤/١٠)

(ج) " حق الالتجاء إلى القضاء وإن كان من الحقوق العامة التي تثبت للكافة إلا أنه لايسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق الغير بسبب إساءة استعمال هذا الحق " .

(طعن رقم ٣١٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨)

(د) " حق الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق التي تثبت للكافة فلا يكون من استعماله مسئولاً عما ينشأ عن استعماله من ضرر للغير إلا إذا انحرف بهذا الحق عما وضع له واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير " .

(طعن رقم ١٨١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠)

(هـ) نصت المادتان الرابعة والخامسة من التقنين المبني على أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير وأن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق ، وكان حقاً التقاضى والدفاع من الحقوق المباحة ولايسأل من يلج أبواب القضاء تمسكاً أو نوداً عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد فى الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد اقتصر فى نسبة الخطأ إلى الطاعن إلى ما لا يكفى لإثبات انحرافه عن حقه المكفول فى التقاضى والدفاع إلى الكيد والعنت والدد فى الخصومة فإنه يكون فضلاً عما شابه من القصور قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(طعن رقم ٤٣٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨)

٩- التعسف فى حق الدفاع :

على غرار إساءة استعمال حق التقاضى ، قد يساء استعمال حق الدفاع للتخلص من الوفاء بالالتزام أو للإضرار بالخصم .

· فيعتبر متعسفاً فى حق الدفاع المدعى عليه الذى ينسب إلى المدعية سوء السيرة فيما أبدى من دفاع فى دعوى مطالبته بتعويضات عن فسخ خطبتها ، حتى ولو حكم برفض دعوى هذه المدعية . أو من ينسب إلى خصمه فى سبيل كسب الدعوى ،

أمورا كاذبة أو وقائع تضايقه وتنال منه . أو أن يفشى بقصد التشهير خصوصيات خصمه . أو أن يقدم تدليلا عليها مكاتيب وهى لاصلة لها بالدعوى . ومن يقيم دفاعه على غلط جسيم يمكن اعتباره موازيا للغش .

وإنكار الدعوى فى الأصل حق مشروع، أما إذا أساء المدعى عليه استعمال هذا الحق بالتمادى فى الإنكار أو بالتغالى فيه أو بالتحويل به ابتغاء مضارة خصمه ^(١)، فإن هذا الحق ينقلب إلى مخبئة ، تجيز للمحكمة طبقا للمادة ١٨٨ مرافعات ^(٢) الحكم عليه بالتعويضات مقابل المصاريف التى تحملها خصمه بسوء فعله .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) " إن الإجابة فى الدعوى بإنكارها هى فى الأصل حق مشروع لكل مدعى عليه يقتضى به إلزام خصمه بإثبات مدعاه .

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٢٥٨ ومابعدهما .

(٢) تنص هذه المادة على أن : " يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد .

ومع عدم الإخلال بحكم الفقرة السابقة يجوز للمحكمة عند إصدار الحكم الفاصل فى الموضوع أن تحكم بغرامة لا تقل عن أربعين جنيه ولا تجاوز أربعمائة جنيه على الخصم الذى يتخذ إجراء أو يبدي طلبا أو دفعا أو دفاعا بسوء نية " .

فإن سعى بإنكاره فى دفع الدعوى وخاب سعيه فحسبه الحكم عليه بالمصاريف بالتطبيق لنص المادة ١١٤ من قانون المرافعات .
أما إذا أساء استعمال هذا الحق بالتعمادى فى الإنكار أو بالتغالى فيه أو بالتحويل به ابتغاء مضارة خصمه ، فإن هذا الحق ينقلب مخبئة تجيز للمحكمة ، طبقا للمادة ١١٥ من قانون المرافعات، الحكم عليه بالتعويضات مقابل المصاريف التى تحملها خصمه بسوء فعله هو " .

(طعن رقم ٢١ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٣/١١/٩)

(ب) " لا يكفى لإعمال الجزاء المنصوص عليه فى المادة ٢٢٩ من القانون المدنى وقوع خطأ من الدائن فى مسلكه فى الدفاع فى الخصومة ولو كان هذا الخطأ جسيما ، بل لابد من ثبوت سوء نيته وتعمده الإضرار بالمدين حتى تتراكم عليه الفوائد ، ومن ثم فإن مجرد إيداء الدائن دفاعا يخفق فى إثباته لا يدل بذاته على أنه كان سئ النية فى إطالة أمد التقاضى ، بل لابد لذلك من أن يثبت أن هذا الدفاع كيدى وأن القصد من تقديمه إطالة أمد التقاضى إضرارا بالمدين " .

(طعن رقم ٣٣١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٧/٣)

(ج) " العبرة فى تحديد نطاق الدفاع فى الدعوى وما يعد تجاوزا له بموضوع الخصومة المطروحة وما يستلزمه اقتضاء الحقوق المدعى بها أو دفعها هو أمر يستقل بتقديره قاضى

الموضوع بغير معقب من محكمة النقض متى أقام قضاؤه على أسباب سائغة " .

(طعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ قى جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤)

(د) " إذا كان الثابت فى الدعوى أن المطعون عليه - الزوج - قدم بين مستداته إلى محكمة الموضوع تقريراً من مستشفى فيينا علق عليه بأن الطاعة - زوجته - كانت حاملاً منه قبل أن يعقد عليها، وأنه أحبها ووقف منها موقف الرجولة ، لأنه كان فى استطاعته ألا يتزوجها ، كما قدم شهادتين من رجال الشرطة بالنمسا بأن الطاعة كانت تقيم معه قبل الزواج فى مسكن واحد ، وذلك رداً على ادعائها بأنها لم تدرس أخلاقه الدراسة الكافية قبل الزواج ، وقد تمسكت الطاعة أمام محكمة الموضوع بأن هذا القذف الشائن من المطعون عليه فى حقها كان تنقيذاً لوعده أمام السفير المصرى بالنمسا بأنه سيستخدم كل وسيلة للتشهير بها لو أقامت عليه دعوى بالطلاق ، وأن هذا يكفى لإثبات الضرر بما لا يمكن معه استدامة العشرة . ولما كانت العبارات التى أوردها المطعون عليه على النحو السالف البيان لا يستلزمها الدفاع فى القضية التى رفعتها عليه الطاعة بطلب تطليقها منه للضرر ذلك أن مجرد قول الطاعة بأن فترة الخطبة كانت من القصر بحيث لم تسمح لها بالتعرف على أخلاق المطعون عليه ، كما أن رغبته فى

التنسليل على حبه لها ووقوفه منها موقف الرجولة ، لم يكن يستلزم أن يستهمها فى خلقها وغفها مدعيا بأنها كانت على علاقة غير شرعية به ، وحملت منه قبل الزواج . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن تلك العبارات يقتضيها حق الدفاع فى الدعوى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه . وإذ كان الموضوع صالح للفصل فيه ، وكان ما نسبته المطعون عليه إلى الطاعة على الوجه المتقدم ينطوى على مضارة لايمكن مع وجودها استدامة العشرة الزوجية بينهما ، فإنه يتعين القضاء بتطليق المدعية من المطعون عليه طلاقه بآئنة للضرر عملا بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ " .

(طعن رقم ١٦ لسنة ٣٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٤/٦/٥)

١٠- التصف فى استعمال حق التبليغ :

إبلاغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم يعتبر حقا لكل شخص وواجبا على كل من علم بها من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء وبسبب تأدية عملهم .

غير أن المبلغ يكون قد أساء استعمال حق التبليغ عند عدم صحة الشكاية ، وتقوم المسؤولية فى ذلك على ما اقترن التبليغ من سوء نية ، أو ما صاحبه من اجتراء أو عدم التبصر أو الخفة أو الطيش .

والحكم بالبراءة أو الأمر بالأوجه ، لا يستفاد منه معنى عدم التبصر أو الطيش الموجب للمسئولية ، إذ يمكن أن يكون ذلك مبناه التشكك فى الأدلة المقدمة (١).

ويمكن القول بأن مسؤولية المبلغ تتحقق إذا كان فى مقدور الرجل العادى أن يتبين عدم صحة الواقعة المبلغ عنها . وأنه يكفى لعدم مسؤوليته أن تكون قد قامت لديه شبهات تبرر اتهام من اتهمه وتؤدى إلى اعتقاده بصحة ما نسب إليه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) " النص فى المادتين ٢٥ ، ٢٦ من قانون الإجراءات الجنائية يدل على أن إيلاع الجهات المختصة بما يقع من الجرائم - التى يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى الجنائية فيها بغير شكوى أو طلب - يعتبر حقا مقررًا لكل شخص وواجبا على كل من علم بها من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء وبسبب تأدية عملهم وذلك حماية للمجتمع من عبث الخارجين على القانون ومن ثم فإن استعمال هذا الحق أو أداء هذا الواجب لا يترتب عليه أننى مسؤولية قبل المبلغ إلا إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ عنها وأن التبليغ قد صدر عن سوء قصد بغية الكيد والنيل والنكابة بمن أبلغ عنه أو

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٢٠٦ .

ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط ، أما إذا تبين أن المبلغ كان يعتقد بصحة الأمر الذى أبلغ عنه أو قامت لديه شبهات تبرر التبليغ فإنه لا وجه لمساءلته عنه . ومن ثم فلا تتريب على المبلغ إذا أبلغ النيابة العامة بواقعة اعتقد بصحتها وتوافرت له من الظروف والملابسات الدلائل الكافية والمؤدية إلى اقتناعه بصحة ما نسب إلى المبلغ ضده " .

(طعن رقم ١٢٣١ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٤/٣٠)

(ب) " تبليغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم لا يعد خطأ تقصيرياً يستوجب مسئولية المبلغ إلا إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ بها وأن التبليغ صدر عن سوء قصد بغية الكيد والنيل والنكايه بمن أبلغ عنه أو ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط".

(طعن رقم ١٢٧٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١١/٧)

(ج) " لما كان الثابت من الشكوى والجنح الثلاث التى تلتها أن المطعون ضده لم يسلم الطاعة بعض منقولاتها موضوع تلك الشكوى فلما رفعت عليه الجنحة الأولى لهذا السبب عرض عليها قيمة بعض هذه المنقولات فقبلتها منه وأنها أبلغت النيابة العامة فى الجنحة الثانية بأنه تقاضى منها مبلغ ثلاثة آلاف جنيه كمقدم إيجار واستأكلت على ذلك بإيصال موقع منه يؤيد بلاغها،

وأن النيابة العامة هي التي رفعت عليه الدعوى الجنائية عن هذه الواقعة فقضى فيها وفي الجنحة الثالثة بالبراءة لعدم الاطمئنان لأدلة الاتهام وكان مؤدى ما تقدم أن الأفعال التي تأسس عليها طلب التعويض لاتفيد انحراف الطاعة عن حقها فى التقاضى إلى الكيد والعنت واللدن فى الخصومة ولاتتضمن ما يكفى لإثبات كذب الوقائع المبلغ بها ، ومع ذلك أقام الحكم قضاءه بالتعويض على أن الطاعة أساءت بالأفعال المشار إليها استعمال حقها فى التقاضى ابتغاء مضارة المطعون ضده - وهو من الحكم استخلاص غير سائغ وتكليف للأفعال غير صحيح - فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه وشابه فساد فى الاستدلال .

(طعن رقم ٢٢٧٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١١/٧)

(د) " المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن مفاد النص فى المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدنى أن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير ، وأن استعمال الحق يكون غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو ما يتحقق بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق وأن حق التقاضى وحق الإبلاغ وحق الشكوى من الحقوق المباحة للأشخاص واستعمالها لايدعو إلى مساءلة طالما لم

ينحرف به صاحب الحق ابتغاء مضارة المبلغ ضده ، ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكا بحق يدعيه لنفسه أو زودا عن هذا الحق إلا إذا ثبت انحرافه عنه إلى اللد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم " .

(طعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩)

(هـ) " تبليغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم لا يعد خطأ تقصيريا يستوجب مسؤولية المبلغ إلا إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ بها وأن التبليغ صدر عن سوء قصد وبغية الكيد والنيل والنكاية بمن أبلغ عنه أو ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط . فمجرد عجز المبلغ عن إثبات الوقائع المبلغ عنها لا يقطع حتماً بكذبها " .

(طعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩)

(و) " قضاء المحكمة الجنائية بالبراءة للشك الذي تفسره لصالح المتهم لا يدل بمجردده على كذب الواقعة المبلغ عنها ولا يمنع المحكمة المدنية من إعادة بحث عناصر المسؤولية المدنية طالما لم تفصل المحكمة الجنائية في هذا الأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية " .

(طعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩)

(ز) " استبعاد النيابة العامة أحد المتهمين من الاتهام وإقامة الدعوى الجنائية على غيره لا تنهض دليلا على عدم صحة الوقائع

المبلغ بها ، ولا يقيد ذلك المحكمة المدنية التي يجب ألا تبني قضاءها إلا على ما يقتضيها بحثها عناصر المسؤولية من النزاع المطروح عليه " .

(طعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩)

١١- التعسف في استعمال حق النشر :

أوضحت محكمة النقض في قضاء حديث لها تفصيلا في التعسف في استعمال حق النشر ، إذ قضت بتاريخ ١٩٩٥/٢/٨ في الطعن رقم ١٥٦٢ لسنة ٥٩ بأن :

(أ) - " النص في المادة الخامسة من القانون ١٤٨ لسنة ١٩٨٠ في شأن سلطة الصحافة يدل على أن للصحفي الحق في نشر ما يحصل عليه من أنباء أو معلومات أو إحصائيات من مصدرها مادام ملتزم في ذلك حدود القانون باعتبار أن الصحافة تحقق مصلحة المجتمع في أن يعلم أفراد ما يجري فيه حتى يتاح لهم الاطلاع على قدر مشترك من القيم الاجتماعية فتكون رباطا يجمع بينهم وهي سبيله إلى التطور باعتبار أن نشر الخبر الصحيح وتوجيه النقد البناء هما الأساس والمنطلق للكشف عن العيوب القائمة والتمهيد لظهور جديد يفضل القديم والتنبيه إلى الأضرار التي تترتب على التصرفات التي تصدر من بعض الأشخاص والدعوة إلى تلافيها " .

(ب) - " أكد الدستور على الأهمية الاجتماعية للصحافة فنص في المادة ٤٧ على أن حرية الرأي مكفولة ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون والنقد الذاتى والنقد البناء ضمان لسلامة البناء الوطنى وفي المادة ٤٨ على أن حرية الصحافة والطباعة والنشر ووسائل الإعلام مكفولة والرقابة على الصحف محظورة وإنذارها أو وقفها أو إلغاؤها بالطريق الإدارى محظور وفي المادة ٤٩ على أن تكفل الدولة للمواطنين حرية البحث العلمى والإبداع الفنى والثقافى وتوفير وسائل التشجيع اللازمة لتحقيق ذلك بل إن أداء وسيلة الإعلام قد ينطوى على ما يمس شرف أحد الأشخاص فى صورة قذفه بعبارات قاسية بحيث يتبين أن أداء هذه الوظيفة غير ممكن فى الصورة التى تقتضيها مصلحة المجتمع بدون هذا المساس فإذا ثبت ذلك تعين إباحة هذا المساس ترجيحاً بين حقين أحدهما أكثر أهمية من الآخر . "

(ج) - " إذا كان سند إباحة حق النقد على نحو ما سلف هو استعمال الحق وما يقتضيه من وجوب توافر الشروط العامة لهذا الاستعمال ومنها صحة الواقعة أو الاعتقاد بصحتها وطابعها الاجتماعى كشرط لتحقيق المصلحة الاجتماعية التى تقوم عليها تلك الإباحة ذلك لأن المجتمع لا يستفيد من نشر خبر غير صحيح أو نقد يقوم على تزيف الحقائق وتشويهها أو يتناول واقعة تمس الحياة

الخاصة لشخص معين ولاتهم المجتمع فى شئ كذلك يشترط لإباحة هذين الحقيقتين موضوعية العرض واستعمال العبارة الملائمة وتعنى أن يقتصر الصحفي أو الناقد على نشر الخبر أو توجيه النقد بأسلوب موضوعى فلا يلجأ إلى أسلوب التهكم والسخرية أو يستعمل عبارات توحى لقارئه بمدلول مختلف أو غير ملائمة أو أقسى من القدر المحدود الذى يقتضيه عرض الواقعة أو التعليق عليها وفى ذلك نقول محكمة النقض إنه وإن كان للناقد أن يشتد فى نقد أعمال خصومه ويقسو عليهم ما شاء إلا أن ذلك كله يجب ألا يتعدى حد النقد المباح فإذا خرج ذلك إلى حد الطعن والتشهير والتجريح فقد حقت عليه كلمة القانون " .

(د) - " ضابط ملائمة العبارة هو ثبوت ضرورتها لتعبير الناقد عن رأيه بحيث يبين بأنه لو كان قد استعمل عبارات أقل عنفا فإن فكرته لم تكن لتحظى بالوضوح الذى يريده وأن رأيه لن يكون له التأثير الذى يهدف إليه وقاضى الموضوع هو صاحب السلطة المطلقة فى تقدير التناسب بين العبارة من حيث شدتها وبين الواقعة موضوع النقد من حيث أهميتها الاجتماعية " .

(هـ) - " يشترط للإباحة حسن النية ويعنى أن يكون الهدف من نشر الخبر أو توجيه النقد هو تحقيق مصلحة المجتمع لا التشهير والانتقام " .

(و) " المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة: أن تكسيف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه هو من مسائل القانون التي يخضع فيها قضاء محكمة النقض لرقابة محكمة النقض " .

١٢- التعسف في استعمال الوظيفة :

التعسف في استعمال الوظيفة هو ما يعرف في القانون الإداري بالتعسف في استعمال السلطة . فإذا انحرف الموظف في أعمال وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه ، وصدر تصرفه بقصد الإضرار لأغراض نابية عن المصلحة العامة ، كان متعسفا في استعمال السلطة وتحققت مسؤوليته ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن القول بإساءة الموظف استعمال حقه يقتضى قيام الدليل على أنه انحرف في أعمال وظيفية عن مقتضى الواجب المفروض عليه وأنه لم يتصرف التصرف الذي اتخذه إلا بقصد الإضرار لأغراض نابية عن المصلحة العامة. فإذا انتفى هذا القصد، وتبين للقاضي أن العمل الذى أتاه الموظف قد أملاه واجب الوظيفة ، فلا يصح القول بأنه إساء استعمال حقه . وإن كان الحكم قد أثبت، بما أورده من أدلة مقبولة ، أن رأى القوميسير العام للقسم المصرى بمعرض باريس الدولى كان ضروريا بمقتضى لائحة المعرض ذاته لقبول

(١) السهنورى ص ٧١٣ .

معروضات فى القسم العام ، وأن عدم موافقته على طلب الطاعن ، لم يكن وليد العسف وسوء استعمال السلطة المخولة له بل فى حدود اختصاصه وما يمليه عليه واجبه من التحقق أولاً من جودة ما يرسل إلى المعرض لمعرض به ، كما أثبت أن الطاعن لم يقم بتنفيذ الشروط التى قبلها وكيله ، ورتب على كل ذلك أنه لا يستحق تعويضاً عن معارضة القوميسير فى قبول معروضاته ولا عما تكبده من نفقات فى سبيل إرسال المصنوعات إلى باريس ، فذلك من الأمور التى من اختصاص محكمة الموضوع البت فيها دون رقابة لمحكمة النقض عليها فيه .

(طعن رقم ٧١ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/١١/١٩)

١١٠- المعيار الثانى :

رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا :

عبر النص عن هذا المعيار بقوله :

" إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها " فالمعيار هنا موضوعى ، فهو ليس إلا تطبيقاً للمعيار الرئيسى للخطأ ، معيار السلوك المألوف للرجل العادى . فليس من المألوف أن الرجل العادى يستعمل حقاً على وجه يضر بالغير ضرراً بليغاً ولا يكون له فى ذلك إلا مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع هذا الضرر .

فالشخص الذى يبتغى من استعمال حقه فى الحصول على منفعة ضئيلة مقابل إلحاق ضرر كبير بالنسبة للغير فهو إما شخص مستهتر لا يأبه بمصالح الناس وإما أنه لا يستهدف إلا الإضرار بمصالح الغير تحت ستار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى إليها^(١).

فالرجل العادى لا يغلب مصلحته فى استعمال حقه على واجبه فى احترام الغير إذا كانت هذه المصلحة قليلة الأهمية ولا تتناسب البتة مع الضرر البالغ الذى يصيب الغير بسبب ذلك .

ولما كان هذا المعيار كما ذكرنا معيارا موضوعيا بحتا ، هو مسلك الرجل العادى، فلا يقام فيه وزن لقصد الإضرار أو عدمه^(٢).

ومن تطبيقات هذا المعيار ما يأتى :

(أ) - تطبيق تشريعى :

نصت الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ من القانون المدنى الجديد على أن: " ومع ذلك فليس لمالك الحادث أن يهدمه مختارا دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط " .
(أنظر شرح المادة ٨١٨)

(١) السنهورى ص ٧٠٥ - حسام الدين الأهوانى ص ٣٨٠ .

(٢) سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص ٣٥٥ .

(ب) تطبيقات قضائية :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " وإذا استخلص الحكم في حدود سلطته التقديرية أن المصلحة التي يرمى الطاعن إلى تحقيقها استعمالا لحقه المخول له بمقتضى المادة ٢٤ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بزيادة عدد الوحدات السكنية في المبنى المؤجر بالإضافة أو التعلية - مصلحة قليلة الأهمية لانتناسب مع ما يصيب المطعون عليه - المستأجر من عيوب بسببها فإنه يكون قد طبق صحيح القانون " .

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٤٦ قى جلسة ١٩٨١/٤/٢٥)

٢- " لما كانت المادة ٢٤ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ قد جعلت زيادة وحدات المبنى السكنية بالإضافة أو التعلية حقا للمالك ولو كان عقد الإيجار يمنع ذلك دون أن يخل هذا بحق المستأجر في إنقاص الأجرة إن كان لذلك محل وكانت المادة الرابعة من التقنين المدني تنص على أن " من استعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر " ، كما تنص المادة الخامسة منه على أن " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: (أ) إذا لم يقصد سوى الإضرار بالغير . (ب) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لانتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (ج) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة " فإن استعمال المالك لحقه المقرر في

المادة ٢٤ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ لايتقيد إلا بالقيود العامة المقررة بالمادتين الرابعة والخامسة من التقنين المدني ، وإذ كان الطاعن لم يدع - فضلاً عن أن يقيم الدليل أمام محكمة الموضوع على هذا الادعاء - أن المطعون ضده لم يقصد سوى الإضرار به أو أن المصلحة التي هدف إلى تحقيقها وهي فضلاً عن الجانب الشخصي منها مصلحة عامة تتمثل في زيادة عدد الوحدات السكنية لانتناسب البنة مع ما يصيبه هو من ضرر بسببها أو أنها مصلحة غير مشروعة فإن المطعون ضده لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن استعماله لهذا الحق من ضرر بالطاعن وإذ كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر ، فإن النعي عليه بهذا السبب يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٥/١٠)

٣- "... وكان دفاع الطاعن لدى محكمة الاستئناف قد قام على تعسف المطعون ضدها في طلبها طرده من الأرض محل النزاع وإزالة ما عليها من بناء على سند من أنها لم تبغ بدعواها سوى الإضرار به وأن مصلحتها في استرداد هذه الأرض - إن توافرت - قليلة الأهمية بالنسبة للأضرار التي تلحق به من جراء إزالة ما أقامه عليها من بناء ، فإن الحكم المطعون فيه إذا التفت عن هذا الدفاع لمجرد القول بأن الطاعن استولى بغير حق على أرض المطعون ضدها وأقام بناء عليها يكون قد أخطأ في تطبيق

القانون ، وإذ حجب الحكم بذلك نفسه عن بحث مدى تحقق أى من صورتى التعسف فى استعمال الحق اللتين تمسك بهما الطاعن وقضى بطرده من الأرض محل النزاع وإزالة ما عليها من بناء يكون معيبا بالقصور " .

(طعن رقم ١٢٤٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٤)

١١١- المعيار الثالث :

تحقيق مصلحة غير مشروعة :

إذا استعمل الشخص حقه لا لمجرد الإضرار بالغير ، بل لمصلحة شخصية له تتناسب مع الضرر الذى يسببه للغير ، فإن ذلك لا يكفى لنفى إساءة استعمال الحق إذا كانت المصلحة التى رمى إليها مصلحة غير مشروعة . وذلك لأن الحقوق إنما تقرت لأصحابها ليحققوا بها مصالح يحميها القانون . لا لتحقيق مصالح غير مشروعة . فمن يستعمل حقه لتحقيق مصلحة غير مشروعة ، مهما عظمت هذه المصلحة ، يسئ استعمال حقه ويعد مخطئا خطأ يوجب مسئوليته عما يسببه ذلك من ضرر للغير^(١) .

وتكون المصلحة غير مشروعة إذا ما كان تحقيقها ينطوى على مخالفة لأحكام القانون ، أو متعارضا مع النظام العام أو الآداب ، أو

(١) سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص ٣٥٥ وما بعدها .

المقتضيات الاقتصادية أو الاجتماعية ، وسواء أكان تحقيق تلك المصلحة غير المشروعة لصاحب الحق أم لغيره .

وهذا المعيار وإن كان ماديا في ظاهره إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفى صفة المشروعية عن المصلحة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" الأولى حالة استعمال الحق استعمالا يرمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة وتعتبر المشروع في هذا المقام خير من نص بعض التقنيات على صرف الحق عن الوجهة التي شرع من أجلها . ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكما من أحكام القانون فحسب وإنما يتصل بها هذا الوصف أيضا إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام ، أو الآداب ، وإذا كان المعيار فى هذه الحالة ماديا فى ظاهره إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفى صفة المشروعية عن المصلحة . وأبرز تطبيقات هذا المعيار يعرض بمناسبة إساءة الحكومة لسلطاتها كفصل الموظفين لإرضاء لغرض شخصى أو شهوة حزبية (استئناف مصر الدوائر المجتمعة أول مارس ١٩٢٨ المحاماة س ٨ ص ٧٥٠) وأحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد تتفق مع ما استقر عليه الرأى فى التقنيات الحديثة والفقه والقضاء " (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٠٥ ومابعدا .

ومن الأمثلة على الاستعمال غير المشروع للحق :

إطلاق مالك البناء المذيع ليل نهار أو إقامته الحفلات الصاخبة بكثرة لحمل المستأجرين على إخلاء مساكنهم بالرغم من أحكام القانون الاستثنائي الذي يمنع المؤجر من طلب الإخلاء. وكذلك مالك الأرض المجاورة لمطار إذا أقام على حدود أرضه أعمدة شاهقة الارتفاع تغطيها أسياخ حديدية مدببة تعرض الطائرات أو المناطيد للاشتباك بها حتى يجبر شركة الطيران على شراء أرضه بثمن مرتفع . وكذلك إذا فصلت الحكومة عاملا تحقيقا لمصالح حزبية أو مصالح شخصية لبعض الحكام .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المراد بالحق المطلق المقرر للحكومة في فصل موظفيها بلا حاجة إلى محاكمة تأديبية هو تفرد الحكومة بتقدير صلاحية الموظف واستمرار استعانتها به أو عدم استمرارها وليس معناه أن تستعمله على هواها ، ذلك أن هذه السلطة التقديرية وإن كانت مطلقة من حيث موضوعها إلا أنها مقيدة من حيث غايتها التي يلزم أن تقف عند حد تجاوز هذه السلطة والتعسف في استعمالها ، ولئن كانت الحكومة غير ملزمة ببيان أسباب الفصل إلا أنه متى كانت هذه الأسباب ظاهرة من القرار الصادر به فإنها تكون خاضعة لتقدير القضاء ورقابته فإذا تبين أنها لا ترجع إلى اعتبارات تقتضيها المصلحة العامة ولا هي من الأسباب الجدية القائمة بذات الموظف

المستغنى عنه أو المنازع فى صحتها كان ذلك عملا غير مشروع وحقت مسائلة الحكومة فى شأنه " .

(طعن رقم ٣١٨ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/٦/٣٠)

٢- " الحكم الصادر بالنفقة بحوز حجية مؤقتة فيرد عليه التغيير والتبديل كما يرد عليه الإسقاط بسبب تغيير دواعيها . فإذا كان الثابت من الأوراق أنه مع اعتناق الطاعن (الزوج) الإسلام لم يعد لحكم النفقة السابق صدوره قبله من المجلس الملى ، وجود فيما جاوز مدة السنة بعد إيقاعه الطلاق وكان الثابت أيضا أن المطعون عليها (الزوجة) قد استوفت حقها فى هذا الخصوص فإنه لا يكون لها بعد ذلك أن تتحدى بقيام حكم النفقة سالف الذكر كسبب لطلبها التعويض عن طلاقها . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر أن إيقاع الطاعن للطلاق كان قد قصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة وهى إسقاط حكم النفقة فإنه يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ٥٢٢ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٣/١/٣٠)

١١٢- معياران فى المشروع التمهيدى حذفان فى المشروع النهائى :

كان المشروع التمهيدى للتقنين المننى يضيف معيارين آخرين إلى المعايير الثلاثة سالفى الذكر هما :

١- إذا كان استعمال الحق متعارضا مع مصلحة عامة جوهرية

(م/٦ب) .

وقد جاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" والمعيار الثانى قوامه تعارض استعمال الحق مع مصلحة عامة جوهرية ، وهذا معيار مادى استقاه المشروع من الفقه الإسلامى وقننته المجلة من قبل إذ نصت فى المادة ٢٦ على أن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام (أنظر أيضا المواد ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ من المجلة) . وأكثر ما يساق من التطبيقات فى هذا الصدد عند فقهاء المسلمين يتعلق بولاية الدولة فى تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة كمنع اختزان السلع تجنباً لاستغلال حاجة الأفراد إليها خلال الحروب والحوائج على أن الفكرة فى خصبها لاتقف عند صدور هذه التطبيقات فهى مجرد أمثلة تحتل التوسع والقياس " (١).

٢- إذا كان استعمال الحق من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف (م/٦ ج) .

وجاء عن هذا المعيار بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" والمعيار فى هذه الحالة مادى ، وإذا كان الفقه الغربى لا يؤكد استقلال هذا المعيار إذ يلحقه بمعيار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة أو يجعل منه صورة لمجاوزة حدود الحق الذى يطلق عليه اسم الإقراط إلا أن الفقه الإسلامى يخصه بكيان مستقل .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٠٩ .

والقضاء فى مصر أميل إلى الأخذ بمذهب الفقه الإسلامى (القطارين الجزئية ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة س ١٠ ص ٧٨٣ واستئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ ب ٤٣ ص ٧٨) وكانت المجلة قد قننت هذا الفقه فقضت فى المادة ١١٩٨ بأن كل أحد له التعللى على حائط الملك وبناء ما يريد وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشا " وعرفت الضرر الفاحش فى المادة ١١٩٩ بأنه " كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعنى المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر بالبناء أى يجلب له وهنا ويكون سبب انهدامه " وعقت على ذلك بتطبيقات مختلفة فى المواد من ١٢٠٠ إلى ١٢١٢ ، وقد جرى القضاء المصرى منذ عهد بعيد على الأخذ بهذه المبادئ ولاسيما فيما يتعلق بصلات الجوار فقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٣ بأن " الملكية الفردية أيا كانت سعة نطاقها تتقيد بواجب الامتناع عن إلحاق أى ضرر جسيم بالجار ويدخل فى ذلك كل فعل يمنع الجار من تحصيل المنافع الرئيسية من ملكه " وتواترت الأحكام بعد ذلك على تقرير المبادئ ذاتها ^(١).

إلا أن هذين المعيارين حذفوا من المشروع التمهيدى .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢١٠ .

ويرى بعض الفقهاء أن الميعار الثانى ليس إلا الميعار الذى يطبق فى حقوق الجوار وهو معيار "الضرر الفاحش" . وقد حذف فى المشروع النهائى لأن مضار الجوار فى القانون المدنى الجديد تخرج عن نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق ، فالضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفاً فى استعمال الحق ، بل هو خروج عن حدود الحق ^(١).

(١) السنهاورى فى الوسيط ج ١ ص ٧٠٨ - وهناك رأى يذهب إلى أنه ليس فى حذف المعيارين ما يمنع من إمكان تطبيق أيهما عندما تقتضيه ظروف النزاع المطروح ، فكل المعايير التى وضعها الفقهاء ، أو تشير إليها القوانين، لم ترد على سبيل الحصر ، بل هى للاسترشاد بها والقياس عليها .

وقد أشار القانون المدنى بالفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ إلى معيار تجاوز الضرر عن الحد المألوف فى شأن مضار الجوار . وليس ثمة ما يمنع القضاء إن أمكن - من استنباط معايير أخرى ، حسبما تستلزمه وقائع ومناسبات ما يطرح عليه من منازعات . وكذلك لا تخرج مضار الجوار فى القانون المدنى عن نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق ، وإذا كان الضرر الفاحش خروجاً عن حدود الحق ، فإن هذا الخروج هو العصف بعينه ، أو هو صورة من الصور العديدة التى تقع بها إساءة استعمال الحق " حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٣٥٣ ومابعدهما" .

١١٣- إثبات التعسف :

يقع عبء إثبات التعسف على عاتق من يدعيه ، إذ أن الأصل أن صاحب الحق لا يتحمل عبء إثبات مشروعية استعمال حقه لأن الاستعمال المشروع للحق هو واجب الافتراض ابتداء إلى أن يقوم الدليل على العكس ، فلا يكلف صاحب الحق بأن يثبت أنه استعمل حقه استعمالاً مشروعاً .

ويجوز لمدعى التعسف إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة وللقرائن (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يشترط في التصرف الذي ينتقى عنه وصف التعسف في فصل العامل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن يكون مبنياً على أوضاع قائمة ومستقرة وقت حصوله لا على أوضاع قلقة وغير مستقرة وفي الحساب تخلفها ."

(طعن رقم ٣٦٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/١/٤)

وتقدير التعسف والغلو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تقدير التعسف والغلو في استعمال المالك لحقه هو من شئون محكمة الموضوع كما أن تقدير التعويض الجابر للضرر

(١) حسين كيره ص ٧٩٠ .

النتائج عن هذا التعسف هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى كان القانون لا يلزمها باتباع معايير معينة في شأنه .

(طعن رقم ١٩ لسنة ٣٥ قى جملة ١٣/٢/١٩٦٩)

١١٤- أثر التعسف في استعمال الحق :

إذا تعسف صاحب الحق في استعمال حقه طبقا لأحد المعايير الثلاثة سالفة الذكر ، وترتب على هذا التعسف حصول ضرر للمدعى فإن المحكمة تقضى بالتنفيذ العيني إذا كان ممكنا أو بالتعويض النقدي إذا كان غير ممكن . فللمحكمة أن تقضى بهدم الحائط الذى أدى إلى حجب الضوء والهواء .

كما يجوز للمحكمة ألا تقضى بالتنفيذ العيني إذا كان مرهقا للمدين .

ولها أيضا أن تقضى ومن تلقاء نفسها بالتعويض ولو لم يكن المضرور قد طلبه ، وهى بذلك لا تكون قد قضت بما لم يطلبه الخصوم ، إذ يعتبر طلب التنفيذ العيني متضمنا التنفيذ بطريق التعويض ، باعتبار التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض قسيمان يتقاسمان تنفيذ التزام المدين ^(١).

(١) المستشار أنور طلبه ص ٣١٣ .

تنازع القوانين من حيث الزمان

مادة (٦)

- ١- النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص .
- ٢- وإذا عاود شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة .

الشرح

١١٥- مدة سريان التشريع :

تنص المادة ١٨٧ من الدستور الحالي الصادر سنة ١٩٧١ على أن : " لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبئها ، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك ، بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب " .

وتنص المادة (٦٦) على أن : " العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون " .

ويبين من ذلك أن التشريع يسرى بعد مضي شهر من اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية إلا إذا حدد لسريانه ميعادا

آخر ، حتى انتهاء الأجل المحدد لسريانه إذا كان قد تضمن نصا على أجل لسريانه ، فإذا لم ينص على هذا الأجل فإنه يستمر للعمل به إلى أن ينقضى شهر من اليوم التالى لتاريخ نشر القانون الجديد أو إلى اليوم الذى حدد لسريانه بنص خاص. والذى يتضمن إلغائه صراحة أو ضمنا .

فاليوم الذى يصبح فيه التشريع الجديد واجب التطبيق، هو الحد الفاصل بين مدة سريان التشريع القديم ومدة سريان التشريع الجديد، فتنتهى به الأولى وتبدأ الثانية . فلا التشريع القديم يسرى على ما يقع بعده ، ولا التشريع الجديد يسرى على ما سبقه . وتحديد نطاق السريان الزمانى لا يثير أية صعوبة بالنسبة للمراكز القانونية التى تتكون وتترتب آثارها فى لحظة واحدة .

فبالنسبة للمراكز القانونية التى تتكون وتترتب آثارها فى لحظة واحدة ، فى ظل التشريع القديم تكون محكمة بهذا التشريع ، وكذلك فإن ما ينشأ من مراكز وما يترتب من آثار فى ظل التشريع الجديد، يحكم بهذا التشريع دون التشريع القديم وذلك دون أى صعوبة. أما بالنسبة للمراكز القانونية التى تنشأ وتكتمل خلال فترة تمتد من الزمان إلى ما بعد صدور القانون الجديد، فسنعرض لحكمها فى البند التالى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأصل أنه لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، فليس للمحاكم أن ترجع إلى الماضي لتطبيق القانون الجديد على علاقات قانونية نشأت قبل نفاذه أو على الآثار التي ترتب في الماضي على هذه العلاقات قبل العمل بالقانون الجديد بل يجب على القاضي عند بحثه فى هذه العلاقات وما يترتب عليها من آثار أن يرجع إلى القانون السارى عند نشوئها وعند إنتاجها هذه الآثار " .

(طعن رقم ٤٨٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣)

٢- " الأصل فى القوانين ألا تكون ذات أثر رجعى إلا ما استثنى بنص خاص، وإذا انتفى هذا الاستثناء ، والتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإن النعى عليه بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه وتأويله يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ١٨١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٣٠)

١١٦- الأثر المباشر للقانون :

الأصل أن القانون يسرى بأثر فوري مباشر على المراكز القانونية التى تتكون بعد نفاذه سواء فى نشأتها أو فى إنتاجها آثارها أو فى انقضائها وهو لا يسرى على الماضى .

فالمراكز القانونية التى نشأت واكتملت فور تحقق سببها قبل نفاذ القانون الجديد كالميراث تخضع للقانون القديم الذى حصلت فى

ظله ، أما المراكز القانونية التى تنشأ وتكتمل خلال فترة تمتد من الزمان فإن القانون القديم يحكم العناصر والآثار التى تحققت فى ظله، فى حين يحكم القانون الجديد العناصر والآثار التى تتم بعد نفاذه .

وبناء على ذلك فإن القانون الذى يصدر بعد تحرير الوصية وقبل موت الموصى يسرى بأثره المباشر ، أى باعتباره القانون الذى استحققت فى ظله الوصية بموت الموصى بعد نفاذه ، فى شأن صحة الوصية من حيث الموضوع ، أى من حيث القدر الجائز فيه الإيصاء ومن حيث صحة الشروط التى تتضمنها الوصية ، غير أنه لايسرى فى شأن صحة الوصية من حيث أهلية الموصى أو من حيث الشكل وذلك لأنها صدرت فى ظل القانون القديم، وتظل محكمة - فى هذه الحدود- بهذا القانون^(١).

وإذا صدر قانون جديد يعدل من شروط نفقة المطلقة أو حضانة الأولاد ، فإنه يسرى على كل نفقة وعلى كل حضانة مستقبلية مترتبة على طلاق تم فى ظل القانون القديم ، ولكن لا يؤثر القانون الجديد على ما استحق من نفقة وما تم من حضانة قبل نفاذه . وأيضا فإن القانون الجديد الذى يحرم أو يقيد من الطلاق يسرى على كل زواج قائم وقت نفاذه ، حتى وإن تم هذا الزواج فى ظل

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٦١ - حسن كبره ص ٣٥٩ .

القانون القديم . وكذلك فإن القانون الجديد الذى يعدل من نظام الملكية وأثرها ، يسرى بماله من أثر مباشر، على الملكيات القائمة وقت نفاذه وهكذا (١).

غير أنه يستثنى من هذه القاعدة العقود أو المراكز القانونية الاتفاقية ، إذ تظل العقود خاضعة فى آثارها المستقبلية وطرق انحلالها للقانون القديم وحده باعتبار أنها تعبير عن إرادة ذوى الشأن فى نشوتها أو فى آثارها أو فى انقضائها، إلا أن هذا مشروط بالألا يكون القانون الجديد قد أخضع هذه المراكز التعاقدية لقواعد أمره كما سنرى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان التصرف الذى اعتبرته المحكمة وصية قد صدر من المتصرف الذى توفى قبل العمل بقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فإن أحكام هذا القانون لا تسرى عليه " .

(طعن رقم ١٨٩ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٥/٢٢)

٢- " الوصية بطبيعتها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فلا يكون له وجود قانونى إلا بعد حصول الوفاة وموت الموصى مصرا عليها ، وتكون محكمة بالقانون السارى وقت الوفاة لا وقت تحرير الوصية . وإذن فمتى كان المورث قد توفى فى وقت سريان

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٦١ وما بعدها .

قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ يعتبر ~~موضوع وصيته~~ لحكم هذا القانون " .

(طعن رقم ٢١٣ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٢/٢٣)

٣- " لا تكون الوصية لازمة إلا بوفاة الموصى ومن حقه الرجوع فيها كلها أو بعضها حال حياته ، ولا تتحدد شروط الوصية - بصفة نهائية - إلا وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الإرادة منه ومن ثم تخضع الوصية للقانون السارى وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الوصية منه وبالتالي يسرى القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالوصية على كل وصية صدرت من موصى توفى بعد العمل بأحكام هذا القانون ولو كان تاريخ صدورها سابقا عليه . فإذا كانت الوصية لو ارث وتوفى الموصى فى تاريخ لاحق للعمل بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ سالف الذكر فإنها تصح وتتفدى ثلث التركة من غير إجازة الورثة وفقا للمادة ٣٧ من القانون المذكور ، ولحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى عدم نفاذ هذه الوصية إطلاقا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٤٩٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٦/٢١)

١١٧- استثناء من الأثر المباشر للقانون :

ترد على قاعدة الأثر المباشر للقانون عدة استثناءات هي :

أولاً : المراكز القانونية التعاقدية التي يخضعها القانون الجديد لقواعد أمره :

إذا كان القانون الجديد قد أخضع المراكز القانونية التعاقدية لقواعد أمره ، فإن القانون الجديد يطبق فوراً على ما لم يكن قد اكتمل نشوؤه من عناصرها وعلى آثار هذه المراكز الحاضرة والمستقبلية ، كما يحكم انقضاءها .

إلا إذا كان قد صدر بشأنها حكم نهائي فإنها تكون قد تحددت بموجب هذا الحكم النهائي .

ومن أمثلة ذلك ما يأتي :

(أ) سريان المادة (٢٢٧) مدنى بتخفيض الحد الأقصى لسعر الفائدة على ما يستحق من فوائد عن العقود المبرمة قبل نفاذه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الحد الأقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها قانوناً هو من قواعد النظام العام فيسرى السعر المخفض من تاريخ العمل بالقانون المدنى الجديد القاضى بتخفيضه أى ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حتى على الاتفاقات السابقة على هذا التاريخ ، يؤيد هذا النظر ما ورد فى هذا الخصوص فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المشار إليه . وإن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون عليها بعد العمل بالقانون المدنى الجديد بفائدة

سعرها ٨% ابتداء من أول سبتمبر سنة ١٩٤٦ لحين الوفاء . فإن هذا الحكم يكون قد خالف المادة ٢٢٧ من القانون المذكور في خصوص المدة اللاحقة للعمل به ويتعين نقضه وتخفيض سعر الفائدة إلى ٧% ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حتى تعام الوفاء .

(طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/٥/٢١)

٢- "تقضى المادة ٢٢٧ من القانون المدنى الجديد بتخفيض الفوائد الاتفاقية إلى ٧% ولم يستثن هذا النص من تطبيقه الاتفاقات السابقة على صدوره كما فعل القانون ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ولما كان تعيين الحد الأقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها هما مما يتصل بالنظام العام ، فإن حكم هذه المادة ينطبق بأثر فوري من تاريخ العمل بالقانون الجديد فى ١٥/١٠/١٩٤٩ ويسرى السعر المخفض من هذا التاريخ حتى على الاتفاقات السابقة عليه وذلك بالنسبة للفوائد التى تستحق منذ نفاذ ذلك القانون ."

(طعن رقم ١١٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧)

(ب) سريان بحكم المادة ٢٣٢ مدنى التى تقضى بعدم تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ومنع تجاوز الفوائد لرأس المال على العقود المبرمة قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لم يكن القانون المدنى القديم يحول دون تقاضى الفوائد إذا تجاوز مجموعها رأس المال ولا تقاضى فوائد على متجمد الفوائد مادامت مستحقة لمدة سنة أو تزيد . إلا أن نص المادة ٢٣٢ من القانون المدنى استحدث حكما جديدا مؤداه أن المشرع قد حظر أمرين أولهما منع تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وثانيهما منع تجاوز الفوائد لرأس المال . وقد أخرج من هذا الحظر ما تقضى به القواعد والعادات التجارية ، وهذه القواعد لاتسود إلا فى نطاق المعاملات التجارية " .

(طعن رقم ١١٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧)

(ج) أحكام تحديد الأجرة والامتداد القانونى للإيجار وتعيين أسباب الإخلاء فى قوانين إيجار الأماكن الاستثنائية :

جرى قضاء محكمة النقض على أن الأحكام الخاصة بتحديد الأجرة والامتداد القانونى للإيجار وأسباب الإخلاء هى قواعد أمره ومتعلقة بالنظام العام ، وتسرى بأثر فورى على جميع المراكز والوقائع القائمة التى لم تكن قد استقرت نهائيا وقت نفاذها ولو كانت ناشئة قبل تاريخ العمل بها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأصل أن للمالك الشيء وحده - فى حدود القانون - حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، مراعى فى ذلك ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة عملاً بالمادتين ٨٠٢ ، ٨٠٦ من القانون المدنى مما مؤداه أن يكون للمالك أن يؤجر الأماكن التى يملكها ، وأن يطلب إخلاء المكان المؤجر إذا انتهت المدة المتفق عليها ، أو قام سبب لفسخ عقد الإيجار وأن يختار مستأجره . وأن يستعمل العين فى أى وجه مشروع يراه . غير أن المشرع رأى بمناسبة أزمة الإسكان ، تقييد حق المؤجر فى طلب الإخلاء لانتهاء المدة المتفق عليها أو لفسخ العقد الذى نشأ صحيحاً ولم يبطل ولم يفسخ بقوة القانون أثناء مدته ، إلا للأسباب التى نص عليها فى المادة ٣١ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ الذى يحكم واقعة الدعوى لنفاذه قبل أن تستقر المراكز القانونية للخصوم بحكم نهائى ولتعلقه بالنظام العام فيما أورده من نصوص أمرة ، فتسرى بأثر فورى على آثار العقود حتى إذا كانت قد أبرمت قبل سريان القانون " .

(طغان رقما ١٢١٣، ١٣٩٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٤/٥/١٩٨٠)

٢- " من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن القانون يسرى على الوقائع التى تنشأ بعد نفاذه إلا إذا كان قد استحدث أحكاماً متعلقة بالنظام العام أفرغتها نصوص أمرة فإنها

تسرى بأثر فوري على للمراكز القانونية القائمة وقت العمل به ولو كانت ناشئة قبله وكان ما تنظمه قوانين إيجار الأماكن من أحكام خاصة بالإخلاء هي مما يتعلق بالنظام العام ، لما كان ذلك ، وكانت المادة ٣١/ج من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - المقابلة للمادة ٢٣/ج من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ - قد استحدثت حكما جديدا بما نصت عليه من جواز الإخلاء إذا استعمل المستأجر المكان المؤجر أو سمح باستعماله بطريقة تخالف شروط الإيجار المعقولة أو المتعارف عليها وتضرر بمصلحة المؤجر أو باستعماله فى غير الأغراض المؤجر من أجلها ، فإن هذا النص يكون هو الواجب التطبيق على واقعة الدعوى الماثلة .

(طعن رقم ٥٠ لسنة ٥٠ قى جلسة ١٣/١٢/١٩٨٠)

٣- " الأصل أن القانون يسرى بأثر فوري مباشر على المراكز القانونية التى تتكون بعد نفاذه سواء فى نشأتها أو فى إنتاجها آثارها أو فى انقضاءها ، وهو لا يسرى على الماضى فالمراكز القانونية التى نشأت واكتملت فور تحقق سببها قبل نفاذ القانون الجديد كالميراث تخضع للقانون القديم الذى حصلت فى ظله . أما المراكز القانونية التى تنشأ وتكتمل خلال فترة تمتد من الزمان ، فإن القانون القديم يحكم العناصر والآثار التى تحققت فى ظله فى حين يحكم القانون الجديد العناصر والآثار التى تتم بعد نفاذه . ولئن كانت المراكز القانونية الاتفاقية تظل خاضعة للقانون القديم الذى نشأت فى ظله

باعتبار أنه تعبير عن إرادة ذوى الشأن فى نشوئها أو فى آثارها أو فى انقضائها ، إلا أن هذا مشروط بالألا يكون القانون الجديد قد أخضع المراكز القانونية سائلة البيان لقواعد أمره فحينئذ يطبق القانون الجديد فوراً على ما لم يكن قد اكتمل نشوؤه من عناصرها وعلى آثار هذه المراكز الحاضرة والمستقبلية كما يحكم انقضاءها الخ " .

(طعن رقم ٤٠٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٢/٧)

٤- " المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن القانون يسرى على الوقائع التى تنشأ بعد نفاذه إلا إذا كان قد استحدث أحكاماً متعلقة بالنظام العام أفرغها نصوصاً أمره فإنها تسرى بأثر فورى على المراكز القانونية وقت العمل به ولو كانت ناشئة قبله . لما كان ذلك وكانت المادة ٣١/ج من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ الذى أدرك واقعة النزاع قبل صدور حكم نهائى قد استحدث حكماً جديداً بما نصت عليه من جواز الإخلاء إذا استعمل المستأجر المكان المؤجر أو سمح باستعماله بطريقة تخالف شروط الإيجار المعقولة والمتعارف عليها وتضر بمصلحة المؤجر أو استعمله فى غير الأغراض المؤجر من أجلها وذلك بعد إنذاره بإعادة الحال إلى ما كانت عليه ، فإن هذا النص يكون هو الواجب التطبيق على واقعة النزاع " .

(طعن رقم ١٤٠٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٥/٣/١٧)

وقد فرقت محكمة النقض فى ذلك بين حالتين :

(الأولى) إذا تضمن القانون الجديد تعديلا من شأنه استحداث حكم جديد متعلق بذاتية القواعد الموضوعية الأمرة سواء بالإلغاء أو التغيير إضافة أو حذفاً فإن هذا التعديل بأخذ بدوره حكم القاعدة الأمرة من حيث سريانه بأثر فوري مباشر على المراكز والوقائع القائمة وقت نفاذ .

(الثانى) أن يكون التعديل منصبا على بعض شروط إعمال القاعدة الأمرة - دون مساس بذاتيتها أو حكمها - كما لو استوجب لتطبيقها توافر شروط خاصة أو اتخاذ إجراءات معينة سواء من إجراءات التقاضى أو الإثبات لم تكن مطلوبة ولا مقررة من قبل فإن التعديل لايسرى فى هذه الحالة إلا من تاريخ نفاذه وعلى الوقائع والمراكز التى نشأت فى ظله دون أن يكون له أثر على الوقائع التى نشأت فى ظل القانون السابق باعتبار أن القانون الذى رفعت الدعوى فى ظله هو الذى يحكم شروط قبولها وإجراءاتها وقواعد إثباتها عملا بالمادة ٢ مرافعات والمادة التاسعة من قانون الإثبات .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المقرر فى قوانين إيجار الأماكن أن الأحكام الخاصة بتحديد الأجرة والامتداد القانونى وتعيين أسباب الإخلاء هى قواعد أمره ومتعلقة بالنظام العام ومن ثم فإنها تسرى بأثر فوري على

جميع المراكز والوقائع القائمة والتي لم تستقر نهائيا وقت نفاذه ولو كانت ناشئة قبل تاريخ العمل بها ومؤدى ذلك أنه إذا صدر قانون لاحق يتضمن تعديلا فى تشريعات إيجار الأماكن كان من شأنه استحداث حكم جديد متعلق بذاتية تلك القواعد الموضوعية الأمرة سواء بالإلغاء أو بالتغيير إضافة أو حذفاً فإن هذا التعديل يأخذ بدوره حكم القاعدة الأمرة من حيث سريانه بأثر فوري مباشر على المراكز والوقائع القائمة وقت نفاذه. أما إذا كان التعديل منصبا على بعض شروط إعمال القاعدة دون مساس بذاتيتها أو حكمها كما لو استوجب لتطبيقها توافر شروط خاصة أو اتخاذ إجراءات معينة سواء من حيث إجراءات التقاضى أو الإثبات لم تكن مطلوبة ولمقررة من قبل فإن التعديل لايسرى فى هذه الحالة إلا من تاريخ نفاذه وعلى الوقائع والمراكز التى تنشأ فى ظله دون أن يكون له أثر على الوقائع التى نشأت فى ظل القانون السابق باعتبار أن القانون الذى رفعت الدعوى فى ظله هو الذى يحكم شروط قبولها وإجراءاتها وقواعد إثباتها وقد نصت المادة ٢ من قانون المرافعات على أن كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك " .

٢- " المشرع استحدث بالتعديل الوارد بالمادة ١٨- من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ - أمرين أولهما أنه عدل سبب الإخلاء الذى كان مقررنا بنص المادة ٣١/ج من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧

بأن جعله قاصرا على حالة الإضرار بسلامة المبنى بعد أن كان الإضرار بالمؤجر وهو أعم وأشمل هو مناط الإخلاء في مجال تطبيق الحالة والأمر الثاني أنه حدد وسيلة الإثبات القانونية لواقعة الاستعمال الضار بسلامة المبنى أمام محكمة الإخلاء بصور حكم نهائي بذلك . لما كان ما تقدم وكان ما استحدثه للقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في الأمر الأول من تعديل في سبب الإخلاء يتصل بقاعدة موضوعية أمرة ومتعلقة بالنظام العام ومن ثم فإنها تسرى بأثر فوري مباشر " .

٣- " الإضرار بسلامة المبنى كسبب لإخلاء المستأجر.م ١٨ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . قاعدة موضوعية تتعلق بالنظام العام . سريانها . بأثر فوري على المراكز القانونية التي لم تستقر بحكم نهائي . اشتراط الحصول على حكم نهائي لإثبات الاستعمال الضار بسلامة المبنى . لايمس ذاتية القاعدة الأمرة . سريته من تاريخ نفاذ القانون المذكور دون أن يكون له أثر على الوقائع السابقة عليه سواء رفعت بها الدعوى أو لم ترفع قبل صدوره .

(طعن رقم ١١٢١ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٩/٤/٢١)

(طعن رقم ١٧٤٧ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٨/٦/٣)

ثانيا : قوانين المرافعات :

تنص المادة الأولى من قانون المرافعات على أن :

" تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن قد تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها ، ويستثنى من ذلك :

١- القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة فى الدعوى .

٢- القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها .

٣- القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق " .

فهذه المادة تتضمن بعض الاستثناءات على الأثر المباشر لقوانين المرافعات تخلص فيما يلى :

١- عدم سريان القوانين المعدلة للاختصاص على الدعاوى التى أقفل فيها باب المرافعة قبل نفاذها ، فتستمر الولاية القديمة للمحكمة الأصلية وتقوم بإصدار الحكم فيها .

ويرجع استثناء هذه الحالة من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد إلى ما تقضيه المصلحة العامة ومصلحة الخصوم أنفسهم من عدم إعادة النظر فى نزاع قد استكمل تمحيصه وأصبح صالحا للحكم فيه .

٢- لا تسرى القوانين المعجلة لمواعيد المرافعات، على ما بدأ قبل نفاذها من مواعيد (كميعاد الاستئناف أو النقض) . فإذا بدأ ميعاد من مواعيد المرافعات وصدر قبل تمامه قانون معدل له، فلا يسرى القانون الجديد استثناء مما له من أثر مباشر. بل يستمر الميعاد في جريانه حتى ينتهى وفقا للقانون القديم الذى بدأ فى ظله. والمقصود بهذا الاستثناء تحقيق وحدة حساب الميعاد فى نهايته على نفس الأساس الذى قامت عليه بدايته .

٣- لا تسرى القوانين المنشئة أو الملغية لطرق الطعن على الأحكام الصادرة قبل نفاذها . فإذا صدر حكم فى ظل قانون يبيح الطعن فى هذا الحكم بالاستئناف مثلا ، ثم صدر قانون جديد يقرر أن مثل هذا الحكم لا يقبل الطعن بالاستئناف ، فلا يؤدى صدور هذا القانون إلى عدم قبول الاستئناف فى الحكم المتقدم بل يظل قابلا للطعن فيه . وشأن النقض فى ذلك شأن الاستئناف . وكذلك الأمر لو أن القانون القديم كان لا يجيز الطعن فى الحكم بالاستئناف فصدر قانون يجيزه فإن الحكم يظل غير قابل للاستئناف^(١) .

ثالثا: القانون الأصلح للمتهم :

تنص المادة الخامسة من قانون العقوبات فى فقرتها الأولى والثانية على أن :

(١) أحمد سلامة ص ٢٦٦ ومابعدها - حسن كيره ص ٣٩٠ ومابعدها .

" يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها .

ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقيل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره " - ومعنى ذلك أنه إذا صدر قانون جديد يزيل أو يخفف من عقوبة كانت مقررّة لارتكاب فعل معين فإنه يتعين الحكم بمقتضى القانون الجديد ، أى أن هذا القانون يتناول الجرائم التى ارتكبت قبل نفاذه مادام لم يصدر بشأنها حكم نهائى (بات) .

والقانون الجديد يطبق من تاريخ صدوره وليس من تاريخ نفاذه . ولهذا الاستثناء ما يبرره ، فهو يلتم صالح المجرم وصالح المجتمع معا لأن المشرع إذا ألغى عقوبة أو خففها فلأنه رأى فيها أو فى شدتها ما لا يتماشى مع العدل أو ما لا يفيد المجتمع .
رابعا : القانون التفسيري :

يطبق القانون التفسيري على الوقائع السابقة على صدوره والتالية لتنفيذ القانون الأصلي الذى يرد عليه التفسير ، ويجب أن يتعلق الأمر بقانون تفسيري ، أى لا يأتى بأحكام جديدة ، وإنما يرجح تفسيرا من بين التفسيرات الممكنة . وبذلك لا يستطيع المشرع أن يصدر قانونا بأثر رجعى ، بحجة أنه تفسيري ، حتى لو نص صراحة على أنه تفسيري ، إذا كان فى حقيقته يتضمن أحكاما جديدة . إذ على المشرع إذا أراد إصدار قانون بأثر رجعى أن يتبع

الطريق الدستوري ، أى يقرره بأغلبية المجلس وبشرط ألا يتعلق الأمر بقانون جنائى يسوئ مركز المتهم ^(١).

١١٨- الأثر الرجعى للقانون :

رأينا أن المادة ١٨٧ من الدستور القائم تجرى على أنه لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك ، بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب .

ومن ثم فإن هذه المادة تكون قد أجازت تقرير الأثر الرجعى للقانون ، أى سريان القانون الجديد على ما تم فى ظل القانون القديم من تكون أو انقضاء مركز قانونى أو ما اجتمع من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، أو على ما ترتب فى ظل القانون القديم من آثار متولدة من مركز قانونى ^(٢) ، وذلك بعدة شروط هى :

٢- أن ينص القانون على الأثر الرجعى . وهذه الرخصة قاصرة على القوانين فلا تمتد إلى اللوائح والقرارات التنفيذية ^(٣) . فلا يجوز أن يكون للأخيرة أثر رجعى ولو نص فيها على ذلك .

(١) نعمان جمعه ص ٢٥٠ .

(٢) حسن كيره ص ٣٦١ .

(٣) سليمان مرقس ص ١٩٠ .

٢- ألا يكون القانون من القوانين الجنائية ، ~~سواء كان نص~~
ولمدا فى قانون العقوبات أو فى أى قانون آخر . وهو ما نصت
عليه المادة ١٨٧ من الدستور صراحة ، وما نصت عليه أيضا
المادة ٦٦ من الدستور بقولها :

".... ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون".

٣- أن يكون النص فى القانون على سريانه بأثر رجعى
بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب . وأغلبية أعضاء مجلس
الشعب تختلف عن أغلبية الحاضرين ، فيجب أن تكون الموافقة
بموافقة ما يزيد ولو بواحد على نصف عدد أعضاء المجلس
حضرُوا أو لم يحضروا التصويت .

١١٩- النصوص المتعلقة بالأهلية :

تطبق النصوص المتعلقة بالأهلية بأثر فوري على جميع
الأشخاص بغض النظر عن مركزهم فى ظل القانون القديم .

فإذا صدر قانون جديد يعدل فى سن الأهلية ، فإن هذا القانون
يسرى على كافة الأشخاص الموجودين وقت نفاذه . فإذا كان
التعديل بالرفع فيخضع له كافة الأشخاص ، سواء من كان منهم قد
بلغ سن الرشد وفقا للقانون القديم أو من لم يبلغ منهم هذا السن

والمثال على ذلك أن قانون المجالس الحسبية الصادر سنة
١٩٢٥ قضى برفع سن الرشد من ١٨ سنة إلى ٢١ سنة فيسرى

هذا القانون على الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فيه، فيعتبر قاصرا كل من لم يبلغ الحادية والعشرين ولو كان قد جاوز الثامنة عشر واعتبر بالغا وفقا للقانون القديم^(١).

ولذلك جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد أنه: " وقد أخطأ واضع المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ بترتيب المجالس الحسبية إذ ذكر أن الحكم المتعلق برفع سن الرشد (من ١٨ سنة إلى ٢١ سنة) فى هذا المرسوم " لاينطبق على الأشخاص الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثمانى عشرة المحددة لانتهاى الوصاية بمقتضى القانون القديم ، بل هؤلاء الأشخاص يعتبرون أنهم راشدون قانونا " ^(٢).

أما إذا كان التعديل بالخفض - أى خفض سن الأهلية - استفاد من هذا التخفيض جميع الأشخاص الذين كانوا لا يبلغون سن الرشد وفقا للقانون القديم . فإذا خفض القانون الجديد سن الرشد إلى عشرين سنة فقط ، فإن كل من بلغ هذا السن وقت نفاذ القانون الجديد يعتبر كامل الأهلية فى الحال .

(١) نعمان جمعه ص ٢٥٠ وما بعدها - حسن كيره ص ٣٧٩ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢١٥ .

معنى ذلك أن قوانين الأهلية تسرى بأثر مباشر على الكافة،
فهى قوانين تستدعى طبيعتها توحيد مراكز كافة الأشخاص بالنسبة
لها فلا يجوز أن يختلف سن الرشد باختلاف الأشخاص .

١٢٠- حكم تصرفات الشخص :

يتعين التفريق فى بيان حكم تصرفات الشخص التى صدرت
منه، بصدد قواعد الأهلية بين نوعين من التصرفات :

(الأول) التصرفات المبرمة بعد نفاذ القانون الجديد . وهى
تعتبر صحيحة إذا صدرت من أشخاص يعتبرهم القانون الجديد
كاملى الأهلية .

وهى باطلة أو قابلة للإبطال إن كان هذا القانون يعتبرهم
عديمى الأهلية أو ناقصى الأهلية .

(الثانى) التصرفات المبرمة فى ظل القانون القديم ، وهذه
تحتفظ بالحكم الذى يقضى به القانون القديم سواء كان بالصحة أو
بالبطلان .

فمثلا لو أبرم شخص عمره ١٩ سنة تصرفا اعتبره القانون
القديم صحيحا لأن سن الرشد فيه ١٨ سنة ، فإن صدور قانون
جديد يجعل سن الرشد ٢١ سنة لا يغير من حكم التصرف المبرم
فى ظل القانون القديم ، أى أن التصرف يظل صحيحا ، لأنه صدر
من شخص كان القانون يعتبره رشيدا ^(١) .

(١) نعمان جمعه ص ٢٥١ - رمضان أبو السعود ص ٣٧٠ .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" على أن عودة الشخص إلى حالة القصر بمقتضى قانون جديد بعد أن اعتبر رشيدا تحت سلطان التشريع القديم لا تؤثر في صحة التصرفات التى صدرت منه فى ظل هذا التشريع . فهذه التصرفات لايجوز الطعن عليها بسبب نقص الأهلية متى كان العاقد كامل الأهلية وقت انعقادها إذ القانون الجديد يعيد الأشخاص إلى حالة القصر بالنسبة إلى المستقبل فحسب " (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢١٦ وما بعدها .

مادة (٧)

١- تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل .

٢- على أن النصوص القديمة هي التي تسرى على المسائل الخاصة ببداية التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة .

الشرح

١٢١- سريان النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم بأثر فوري مباشر على كل تقادم لم يكتمل :

تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل . ومعنى ذلك أن هذه النصوص تسرى هنا بأثر فوري مباشر سواء كان التقادم مكسبا أو مسقطا . فإذا صدر قانون جديد يطيل مدة التقادم ، فلا صعوبة في الأمر ، إذ يجب سريان مدة التقادم الجديدة، على أن يحتسب ما مضى من مدة في ظل القانون القديم . مثال ذلك أنه لو صدر قانون جديد يرفع مدة التقادم المكسب من خمس عشرة سنة إلى عشرين ، وكان الحائز وقت نفاذ القانون الجديد قد مضى على حيازته المكسبة عشر سنوات فإن التقادم يتم بعد مضى عشر سنوات أخرى من تاريخ نفاذ القانون الجديد ، حتى تصبح المدة بكاملها عشرين سنة (١) .

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٧١ وما بعدها - سليمان مرقس ص ٢١٧ .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" الأصل فى مدد التقادم أن اكتمالها يقيم قرينة قاطعة لمن شرعت لمصلحته ويكون من شأن هذه القرينة أن تعفيه من إقامة الدليل على كسبه لحق معين أو براءة نمته من التزام معين لاعتبارات تتعلق بالنظام العام ، وكل تقادم لم يكتمل فى ظل تشريع قائم لايرتب هذا الأثر فإذا صدر تشريع جديد يطيل من مدته وجب أن يسرى هذا التشريع (نقض ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ ص ١٦) .

أما إذا صدر القانون الجديد مقصرا لمدة التقادم ، فإنه يسرى حكم المادة الثامنة من القانون .
(أنظر شرح المادة الثامنة) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه وإن كان قضاء هذه المحكمة قد جرى - فى ظل القانون المبنى الملغى - على أنه لايشترط تسجيل السبب الصحيح لإمكان احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقى لإفادة التملك بالتقادم الخمسى ، سواء فيما قبل قانون التسجيل أو فيما بعده ، أما اشتراط ثبوت تاريخ السبب الصحيح للاحتجاج به فى تحديد مبدأ وضع اليد فلا نزاع فيه قانونا ، إلا أنه قد استقر أيضا ، على أن مضى للمدة المكسبة للملكية أو المسقطه للحق إذا ابتدأت تحت

سلطان قانون قديم ولم تتم ، ثم جاء قانون جديد فعُدل شروطها أو مدتها فالقانون الجديد هو الذى يسرى ويتدخل للمدة التى انقضت تحت سلطان القانون القديم فى حساب المدة التى قررها القانون الجديد، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة من القانون المدنى الجديد المعمول به ابتداء من ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ على أن تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل " .

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٧ قى جلسة ١٩٧٢/٣/٢٣)

٢- " المدة المكسبة للملكية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إذا ابتدأت تحت سلطان قانون قديم ولم تتم ثم جاء قانون جديد فعُدل شروطها أو مدتها فالقانون الجديد هو الذى يسرى ، ويتدخل المدة التى انقضت تحت سلطان القانون القديم فى حساب المدة التى قررها القانون الجديد ، وذلك وفقا لما جرى به نص الفقرة الأولى من المادة السابعة من القانون المدنى الحالى المعمول به ابتداء من ١٥/١٠/١٩٤٩ من أن " تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل " .

(طعن رقم ١٤٩٩ لسنة ٤٩ قى جلسة ١٩٨٣/٣/١٦)

١٢٢ - اكتمال التقادم قبل نفاذ القانون الجديد :

إذا كانت مدة التقادم قد اكتملت قبل أن يصدر قانون جديد يزيد مدة التقادم ، فإنه لا أثر على اكتمال مدة التقادم من صدور هذا القانون الجديد ، ويكون التقادم قد اكتمل طبقا للقانون القديم .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كانت مدة التقادم قد اكتملت قبل العمل بالقانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ الذى عدل مدة تقادم الضرائب والرسوم المستحقة للدولة وجعلها خمس سنوات بدلا من ثلاث فإن هذا القانون لاينطبق ولا يؤثر فى اكتمال التقادم بمضى ثلاث سنوات".

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/٩)

٢- " القاعدة بحسب مفهوم المادة ٧ من القانون المدنى أن النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم لا تسرى على ما اكتمل من التقادم وفقا للنصوص القديمة قبل العمل بالنصوص الجديدة فإذا كانت مدة التقادم وفقا للمادة ٢/٣٧٧ من القانون المدنى قد اكتملت بالنسبة لجميع المبالغ المطالب بردها قبل تاريخ العمل بالقانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ فلا يسرى القانون المذكور على هذا التقادم وبالتالي فلا محل للاستناد إلى الحكم المستحدث الوارد فى عجز المادة الثانية منه والذى يقضى ببدا التقادم من تاريخ إخطار الممول بحقه فى الرد إذا ظهر هذا الحق بعد إجراءات اتخذتها الجهة التى قامت بالتحويل " .

(طعن رقم ٩٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤)

١٢٣- سريان النصوص القديمة على بدء التقادم ووقفه وانقطاعه :

لا يمس القانون الجديد بما توافر في ظل القانون القديم من عناصر متعلقة بتكوين مركز التقادم ، كالعناصر المتعلقة ببذئه ووقفه وانقطاعه . على اعتبار أن ما يتحقق من عناصر متعلقة بتكوين أو انقضاء مركز قانوني في ظل القانون القديم يظل محكوما بهذا القانون ، طالما تكون له قيمة قانونية في ذاته ، فلا يملك القانون الجديد - دون رجعية - المساس به أو الرجوع فيه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما بدء التقادم ووقفه وانقطاعه فيتحقق كل منها متى توافرت شروط معينة يحددها القانون السارى إذ ذاك . ومتى بدأت المدة أو وقفت أو انقطعت وفقا لقانون معين ظل البدء أو الوقف أو الانقطاع مرتبا لحكمه فى ظل القانون الجديد .

فالمدة التى بدأت تستمر سارية والمدة التى وقفت يمتنع استئنافها ما بقى سبب الوقف قائما ما لم يقض القانون الجديد بغير ذلك والمدة السابقة على سبب الانقطاع لا تحتسب " (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٢٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- إذا كانت مدة وضع اليد متداخلة بين ولاية للقانون المدني القديم والقانون الحالي فإنه يجب طبقاً للفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون المدني أعمال نص القانون المدني القديم على وقف التقادم عن المدة السابقة على العمل بنصوص القانون المدني الحالي .

(طعن رقم ١٤٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٠/١٧)

٢- " مفاد الفقرتين الأولى والثانية من المادة السابعة من التقنين المدني أن القوانين المتعلقة بالتقادم تسرى من وقت العمل بها طبقاً للأثر المباشر للتشريع على كل تقادم لم يتم ، وأن يحكم القانون القديم المدة التي سرت من التقادم في ظله من حيث تعيين اللحظة التي بدأت فيها وكيفية حسابها وما طرأ عليها من أسباب قطعها أو توقفها ، على أن يحكم القانون الجديد المدة التي تسرى في ظله من هذه المناحي " .

(طعن رقم ٢١٤ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٧١/١١/١٠)

مادة (٨)

١- إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك .

٢- أما إذا كان الباقي من المدة التي ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي .

الشرح

١٢٤- تقصير القانون الجديد مدة التقادم :

إذا قصر القانون الجديد مدة التقادم ، فالأصل - إعمالاً للأثر المباشر لهذا القانون - وجوب الأخذ بالمدة القصيرة الجديدة على كل تقادم جارٍ لما يكتمل بعد ومثال ذلك أن يكون القانون القديم يقضى بمدة تقادم مقدارها خمس عشرة سنة ثم يصدر القانون الجديد مقصراً هذه المدة إلى خمس سنوات فقط . فإذا كان التقادم الجارى قد مضى من منته في ظل القانون القديم ثلاث عشرة سنة، لزم لإتمام مدة التقادم المكسب مدة أخرى جديدة هي خمس سنوات تبدأ من وقت نفاذ القانون الجديد^(١).

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٧٢ - حسن كيره ص ٢٨٤ ومابعدهما - وقد

أخذت محكمة النقض بعكس ذلك في ظل التفتين المدني القديم مقرر

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فقد يقرر القانون الجديد للتقادم مدة أقصر من المدة المقررة فى النص القديم (فقرة ١ من المادة ١٢) ، وفى هذه الحالة لا يبدأ سريان المدة الجديدة بالنسبة للتقادم بدأ من قبل إلا من وقت العمل بالتشريع الجديد (استئناف أهلى ١٥ ديسمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٨٦ و ٤ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ ص ١٩٠).

وجوب احتساب المدة السابقة لعدم إمكان إلغائها أو إهدارها . إذ قضت بأن :

" إن مضى المدة المكسبة للملكية أو المسقطه للحق إذا ابتدأت تحت سلطان قانون قديم ولم تتم ، ثم جاء قانون جديد فعدل شروطها أو مدها فالقانون الجديد هو الذى يسرى ، وتتخل المدة التى انقضت تحت سلطان القانون القديم فى حساب المدة التى قررها القانون الجديد . وبناء على ذلك فالقيم الذى انتهت مدة قوامته ولم يكن قد مضى على انتهائها مدة الخمس عشرة سنة (المسقطه للحق فى رفع الدعوى عليه بتقديم حساب عن مدة القوامه) قبل صدور المرسوم بقانون الصادر فى ١٢ أكتوبر سنة ١٩٢٥ الذى نفذ مفعوله من ٣ مارس سنة ١٩٢٦ والذى جعل سقوط هذا الحق بمضى خمس سنوات من تاريخ انتهاء القوامه- هذا القيم يسقط حق المحجور عليه فى مطالبته بتقديم حساب عن مدة قوامته متى انقضت خمس سنوات من تاريخ انتهاء القوامه قبل رفع الدعوى ."

(طعن رقم ٣ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١١/٢٦)

(راجع أيضا نقض طعن ٢٢٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٣)

كفالة لاستقرار المعاملات ، فالواقع أن التقادم لم يكتمل في ظل القانون القديم . ولذلك لا يترتب حكمه ولم يقصد من تقصير المدة في القانون الجديد إلى ترتيب هذا الحكم بإرادة الشارع دون انقضاء المدة ^(١).

غير أننا سنرى في البند التالي أن الفقرة الثانية وضعت حكماً خاصاً في حالة ما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قدرها النص الجديد .

١٢٥- حالة ما إذا كان الباقي من مدة التقادم أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد :

الأخذ بالأثر المباشر على إطلاقه في حالة صدور قانون جديد يقصر مدة التقادم قد يؤدي إلى إطالة مدة التقادم بينما يهدف القانون الجديد إلى تقصيرها ، وهو ما حدث في المثال الذي أوردناه في البند السابق . فقد كانت المدة السابق جريانها تنتهي على الأساس القديم الطويل قبل انتهاء المدة الجديدة القصيرة محسوبة من وقت نفاذ القانون الجديد .

لهذا فمن غير المعقول إعمال الأثر المباشر للقانون على هذا النحو كما لا يعقل تطبيق هذا القانون على احتساب ما بقي من مدة في ظل القانون القديم وإلا أخطأ بالرجعية . ولهذا فالمعقول هو

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٢٢ وما بعدها .

استمرار القانون القديم واحتساب التقادم الجارى على أساسه بحيث يتم باكتمال مدته . وبذلك نكون قد أعملنا الأثر المستمر للقانون القديم بدلا من الأثر المباشر للقانون ^(١) . وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

” سيد أنه رأت أن تستثنى من حكم القاعدة العامة المقررة فى الفقرة الأولى من المادة ١٢ حالة اكتمال مدة التقادم التى نصر عليها القانون القديم فى ظل القانون الجديد . ولكن قبل أن تنقضى المدة الجديدة بتمامها . ويتحقق ذلك كلما كانت البقية الباقية من المدة القديمة أقصر من المدة التى تقررت فى التشريع الجديد . كما لو كانت المدة القديمة خمس عشرة سنة ولم يبق لاكمالها سوى سنتين ثم جعل التشريع الجديد المدة ثلاث سنين . وفى هذه الحالة يعتبر التقادم مكتملا بانقضاء هاتين السنتين ، وتكون ولاية التشريع القديم قد امتدت بعد زواله إمعانا فى تحقيق العدالة .

وعلى ذلك يقتصر تطبيق الفقرة الأولى من المادة ١٢ على الحالة التى يكون فيها الباقي من المدة القديمة أطول من المدة الجديدة بأسرها . ولعل هذا يوجب بصورة ظاهرة صرف النظر عن الزمن الذى مر من قبل واقتتاح مدة جديدة تبدأ من وقت العمل بالقانون الجديد ويعتمد عليها المتعاملون دون أن يكون هناك محل للمفاجأة.

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٧٢ - أحمد سلامة ص ٢٥٤ ومابعدها .

وقد أثر المشروع هذا الحل من بين مختلف الحلول التي
خطررت للفقهاء والقضاء لأنه أقلها استهدافا للنقد وأدناها إلى تحقيق
العدل والاستقرار^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ استحدثت المادة ١/١٧٢ من القانون المدني مدة تقادم تسقط
بمقتضاها دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع
بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث
الضرر وبالشخص المسئول عنه وكان النص على هذا التقادم يعد
بهذه المثابة من القوانين الموضوعية المتصلة بأصل الحق فإنه
يحكمه فيما يتعلق بسريانه من حيث الزمان عند التنازع بينه وبين
قانون سابق المادة الثامنة من القانون المدني التي تقضى بسريان
مدة التقادم الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد إذا كان قد قرر
مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ما لم يكن الباقي منها
أقصر من المدة التي قررها النص الجديد وذلك دون الفقرة الثانية
من المادة الأولى من قانون المرافعات السابق التي تقضى بعدم
سريان القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات متى كان الميعاد قد بدأ
قبل تاريخ العمل بها " .

(طعن رقم ١٣٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٠/٢١)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٢٣ .

مادة (٩)

تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقما النصوص المعمول بها
فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه
إعداده .

الشرح

١٢٦ - المقصود بالأدلة التى تعد مقما :

يقصد بالأدلة التى تعد مقما نوع معين من الإثبات هو "الإثبات
أو الدليل المهيأ " أى الدليل المعد أو الواجب الإعداد قبل أى
خصومة قضائية ، مما يفترض أن إعداده وتهيئته أو وجوب ذلك
ينبغى تحققه وقت صدور الفعل أو التصرف الذى يتصدى لإثباته،
فهو إذن يصحب هذا الفعل أو التصرف ، وهذه الأدلة تشمل الكتابة
والقرائن^(١).

١٢٧ - القانون الذى تخضع له الأدلة المعدة مقما :

تنص المادة على أن تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقما
النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت
الذى كان ينبغى فيه إعداده .

فسواء كان الدليل معدا أو لم يعد وكان يجب إعداده ، فإنه
يخضع لأحكام القانون الذى كان معمولا به فى الوقت الذى أعد فيه

(١) حسن كيره ص ٣٨٦ وما بعدها - أحمد سلامة ص ٢٥٨ .

الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه إعداده . ذلك أن المشرع افترض أن إعداد الدليل أو وجوب ذلك ينبغى تحققه وقت صدور الفعل أو التصرف الذى يتصدى لإثباته . فهو إذن يصحب هذا الفعل أو التصرف، مما يجيز - فى شأن تكوين المركز القانونى - تقريب عناصر إثباته من عناصر تكوينه ، والقول بأن القانون الذى يتم فى ظله تكوين المركز القانونى هو الذى يجب أن يحكم إثباته بالدليل المهيأ . وبذلك لا يكون للقانون الجديد سلطان على مثل هذا النوع من الإثبات أو الدليل نظرا لانعدام أثره الرجعى فمن الرجعية إعادة النظر فيما تم فى الماضى من تكوين مركز قانونى سواء من حيث الموضوع أو من حيث الإثبات ، إذ يبقى القانون الذى تم فى ظله هذا التكوين هو المرجع فى شروطه وفى إثباته .

وإذا كان الدليل المعد محكوما دائما على هذا النحو بالقانون الذى أعد أو كان يجب إعداده فى ظله بحيث لا يكون للقانون الجديد سلطان عليه ، فيستوى أن يلغى القانون الجديد دليلا مهيأ كان يفرضه القانون القديم أو يفرض دليلا مهيأ لم يكن يتطلبه القانون القديم ، فى الحالتين يبقى الإثبات خاضعا للقانون القديم وحده .

وهذا على عكس الإثبات الواجب الإعداد أثناء سير الخصومة أمام القضاء ، فإنه يخضع بداهة لكل تغيير يحدثه القانون فى شأنه، أى يخضع للسلطان المباشر للقانون الجديد .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" استثنى المشروع من القاعدة العامة التى قررها فى المادة ١٧ خالة الأدلة المهيأة وهى التى واجهتها المادة ١٨ إذ قضت بأن الأدلة التى تعد مقدما تسرى فى شأنها النصوص المعمول بها فى الوقت الذى يعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى يستطاع أو ينبغى فيه إعداده . وقد جرى القضاء فى مصر على إقرار هذا الاستثناء (استئناف مصر ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٦٩٦ رقم ٣٤٦ واستئناف مختلط ٢٥ يونية سنة ١٩١٣ ب ٢٥ ص ٤٧١) باعتبار أن الدليل المهيأ يفترض وجود النص المقرر له قبل أن تتم تهيئته ويكون وثيق الصلة بالناحية الموضوعية فى الحق " (١).

١٢٨- أمثلة للأدلة التى تعد مقدما :

من الأمثلة على الأدلة التى تعد مقدما أو التى كان يجب إعدادها والتى تخضع للقانون السارى وقت إعدادها أو الوقت الذى كان يجب إعدادها فيه ما يأتى :

١- كانت المادة (٤٠٠) منى تنص على أنه فى غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البيئة فى إثبات وجوده أو انقضائه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٢٦ .

وبعد صدور قانون الإثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ رفعت المادة ٦٠ منه (معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩) نصاب الإثبات بالكتابة إلى أكثر من خمسمائة جنيه .

فإذا كان التصرف الذى عقد فى ظل المادة (٤٠٠) مندى قيمته خمسة عشر جنيها فإنه يظل واجب الإثبات بالكتابة حتى بعد صدور قانون الإثبات (المعدل) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "النص فى المادة التاسعة من القانون المندى على أنه "تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه إعداده يدل على أن القانون الذى نشأ التصرف فى ظله هو الذى يجب أن يحكمه من حيث إثباته " . وإذ كان عقد البيع المؤرخ ١٩٦٤/٧/٢٦ الذى استند إليه المطعون عليه فى شراء حصة الطاعن فى الجرار موضوع النزاع قد أبرم قبل صدور قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ فإنه يخضع فى إثباته للأحكام الواردة فى القانون المندى " .

(طعن رقم ٥٠٢ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٦/٢٨)

٢- تنص المادة ٩١٧ مندى على أنه : " إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا

إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يعم دليل على ما يخالف ذلك " .

فهذه المادة قد استحدثت قرينة قانونية على نية الإيصاء من تصرف الشخص إلى أحد ورثته ولكن مع احتفاظه بحيازة العين المتصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، ومن ثم فهي لا تسرى على التصرفات السابقة على نفاذ التقنين المدنى الجديد وإلا كان سريانها رجعيا .

فى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" أقامت المادة ٩١٧ من القانون المدنى قرينة قانونية من شأنها - متى توافرت عناصرها - إعفاء من يطعن فى التصرف بأنه ينطوى على وصية من إثبات هذا الطعن ونقل عبء الإثبات على عاتق المنصرف إليه . والقاعدة الواردة بهذه المادة مستحدثة ولم يكن لها نظير فى التقنين المدنى الملغى إذ كان المقرر فى ظل ذلك التقنين أن الأصل فى تصرفات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الإثبات فعبء الإثبات كان على من يطعن فى التصرف ولم يكن احتفاظ البائع بحقه فى الانتفاع بالعين المبيعة مدى حياته سوى قرينة قضائية يتوسل بها الطاعن إلى إثبات دعواه والقاضى بعد ذلك حر فى أن يأخذ بهذه القرينة أولا بأخذ كسائر القرائن القضائية تخضع لمطلق تقديره " .

(ب) " لما كانت القرينة القانونية التى استحدثتها المادة ٩١٧ من القانون المدنى هى مما لا يجوز إعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم لاتصالها بموضوع الحق لاتصالا وثيقا فإن التصرفات السابقة على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ - تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم - لاتخضع لحكم المادة ٩١٧ سالفه الذكر . "

(طعن رقم ٧٩ لسنة ٣٥ قى جلسة ١٩٦٩/٤/٢٢)

٣- تنص المادة الخامسة من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ (بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين) على أن :

" إذا لم توجد عقود كتابية أو تعذر الحصول عليها جاز إثبات شروط التعاقد والأجرة المتفق عليها والتكاليف الإضافية المشار إليها فيما تقدم بجميع طرق الإثبات مهما كانت قيمة النزاع " ، أى أن هذه المادة قد أجازت للمؤجر والمستأجر على حد سواء إثبات العلاقة الإيجارية وشروطها بالبينه والقرائن . ثم صدر القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ وأوجب للمادة ١٦ منه اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون إثبات المؤجر عقد الإيجار كتابة .

وورد نص مماثل فى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ (م) (٢٤) .

ومع هذا فإن العلاقة الإيجارية التى أبرمت فى ظل القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ تظل جائزة الإثبات بالنسبة للمؤجر بغير الكتابة.

(تنازع القوانين من حيث المكان) مادة (١٠)

القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها .

الشرح

١٢٩- متى تعرض مسألة تنازع القوانين ؟

لا تثار مسألة تنازع القوانين إذا كانت العلاقة القانونية وطنية فى جميع عناصرها ، بأن نشأت فى داخل الدولة وبين مواطنين ، وما يتصل بموضوعها موجودا فى الدولة أيضا ، فالقانون الوطنى هو الواجب التطبيق فى هذه الصورة ، سواء كان هو القانون المدنى أو القانون التجارى أو قوانين الأحوال الشخصية ، كبيع تم فى مصر بين مصريين بخصوص عقار موجود فى مصر ، أو كزواج انعقد فى مصر بين مصريين .

وللمعرفة كيف يدخل العنصر الأجنبى رابطة من روابط القانون الخاص ، نقرر أن الرابطة القانونية تتكون من عناصر ثلاثة هى :

أولاً : سبب المنشئ أى مصدر الرابطة أو الواقعة القانونية التى أنشأتها ، سواء كان هذا السبب المنشئ تصرفا قانونيا كالعقد أو الوصية ، أو واقعة مادية كعمل ضار ، أو نصا فى القانون .

ويتعين هذا السبب المنشئ بالزمان والمكان ، أى أن له زمانا يتم فيه ومكانا يقع به ، ولهذا التعيين أهمية فى تحديد القانون الذى يحكم الرابطة القانونية .

ثانيا : أشخاص العلاقة القانونية أى أطرافها ، فهناك مثلا السبائع والمشتري ، والمقرض والمقرض ، والزوج والزوجة ، والمتسبب فى الضرر والشخص المضرور ، وهكذا .

ثالثا : موضوع الرابطة القانونية ، وهو متنوع مختلف بحسب الغايات المقصودة ، فقد يكون التزاما بعمل أو بامتناع ، وقد يكون نقل حق عيني فإذا كانت العلاقة أجنبية فى أحد عناصرها ، بأن كان سببها المنشئ قد وقع فى الخارج ، أو كان أحد طرفيها أجنبيا ، أو كان الشئ محل الرابطة فى الخارج ، فيقال عندئذ أن عنصرا أجنبيا قد دخل فى رابطة ، ومثالها ، تعاقد مصريين مقيمين فى فرنسا على عقار موجود فى مصر ، فهنا دخل العنصر الأجنبى على سبب الرابطة ، إذ أن التعاقد قد وقع فى مكان أجنبى .

أو أن يتعاقد مصريان فى مصر على عقار أو منقولات موجودة فى الخارج فهنا دخل العنصر الأجنبى بسبب وجود الموضوع خارج الدولة.

أو يزوج مصرى بأجنبية فى مصر ، وهنا دخل العنصر الأجنبى على طرف فى الرابطة القانونية .

وأخيرا قد يدخل التأثير الأجنبي كل عناصر الرابطة ، كأن يتعاقد مصري مع أمريكي في فرنسا على عقار موجود في إيطاليا ، ويقوم نزاع بينهما .

وأهم ما تثيره الروابط ذات العنصر الأجنبي مسألتان : معرفة القانون الذى يحكم الرابطة هل هو القانون الوطنى أو قانون أجنبى معين ، ومعرفة ما إذا كان القاضى مختصا أو غير مختص ^(١).

١٢٠- تكييف العلاقات بين الخصوم :

ذكرنا فى البند السابق أن أهم ما تثيره الروابط ذات العنصر الأجنبى مسألتان : معرفة القانون الذى يحكم الرابطة هل هو القانون الوطنى أو قانون أجنبى معين ، ومعرفة ما إذا كان القاضى مختصا أو غير مختص .

على أن القاضى الوطنى قبل أن يبحث عن القانون الذى يحكم العلاقة وعن تحديد اختصاصه ، فإنه يجب عليه حتى يتمكن من تحديد ذلك أن يقوم بتكييف هذه العلاقة ليردها إلى نظام قانونى معين .

والمراد بالتكييف تحديد الوصف القانونى أو الطبيعة القانونية لعلاقة قانونية معينة . وتكون عملية التكييف إذن عملية عقلية يقصد

(١) الدكتور عبد المنعم البدر اوى المنخل للقانون الخاص الطبعة الأولى ١٩٥٧

بها تحليل الوقائع أو التصرفات التي تعرض أمام القاضى ، وذلك للوقوف على الوصف الذي يعطيها إياها القانون .

وتحديد الوصف القانونى لمسائل تنازع القوانين أمر من الأهمية بمكان لأنه بغير ذلك لا يمكن تطبيق القواعد المتعلقة بها ^(١).

فمثلا إذا كانت قواعد الاختصاص بالنسبة للمنازعات ذات العنصر الأجنبى تفرق بين ما إذا كان النزاع خاصا بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية أو المعاملات المالية، وكان القانون الذى يحكم العلاقة يتوقف أيضا على معرفة طبيعة هذه العلاقة أهى علاقة أحوال شخصية أم لا ، فعلى القاضى إذن لتحديد اختصاصه ولتحديد القانون الذى يحكم العلاقة ، أن يكيفها ويبحث عن طبيعتها هل هى علاقة أحوال شخصية أو علاقة مالية فإذا انتهى إلى تكيفها انتقل لمعرفة حدود اختصاصه وتعيين القانون الواجب التطبيق.

فقد يثور التساؤل عن موضوع الميراث أو الهبة هل هو من المسائل الشخصية أو من مسائل المالية ، وذلك لأن الدول غير متفقة على ما يعتبر من الأحوال الشخصية وما يعتبر من المعاملات المالية وإنما تتفاوت التشريعات المختلفة فى هذا الأمر.

(١) الدكتور حامد زكى القانون الدولى الخاص الطبعة الثانية ١٣٥٨ هـ -

وقد يثور التساؤل أيضا حول تحديد طبيعة موضوع العلاقة القانونية ، هل هو عقار أو منقول مثلا .

وطبقا للمادة العاشرة فإن القاضى عندما يبحث تكييف رابطة قانونية يجب أن يكيفها طبقا للقانون المصرى .

والمقصود بالقانون المصرى فى هذا النص هو المبادئ العامة فى هذا القانون أيا كان مصدرها دون التقيد بالنصوص التشريعية، فإذا وجد القاضى أن النصوص القانونية تحمل تكييفا معيناً أخذ به وعند غياب النص يقوم القاضى بالتكييف وفقا للمبادئ العامة فى القانون المصرى^(١) .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" تقضى الفقرة الأولى من هذه المادة بوجوب رجوع المحاكم إلى القانون المصرى فى تكييف الروابط القانونية تمشيا مع الرأى الذى كان ينعقد عليه الإجماع فى الوقت الحاضر . ويراعى من ناحية أن للنص على هذا الحل أهمية خاصة فى مصر بسبب توزيع ولاية القضاء بين محاكم مختلفة . وينبغى أن يفهم من وجوب رجوع المحاكم المصرية إلى قانونها فى مسائل التكييف إلزامها بالرجوع إلى القانون المصرى فى جملته - بما يتضمن من قواعد

(١) المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد التقنين المدنى الجزء الأول

تتعلق بالأشخاص أو بالأموال أيًا كان مصدر هذه القواعد - دون أن تقتصر على الأحكام التي تختص بتطبيقها وفقا لتوزيع ولاية القضاء على الوجه الذي تقدمت الإشارة إليه ^(١).

ويذهب رأى فى الفقه إلى وجوب اتباع المنهج المقارن للتوسع فى مفهوم قانون القاضى المصرى وخاصة عندما لا يجد القاضى فى القانون المصرى ما يساعده على تكيف المسألة المعروضة، فيكون على القاضى أن يستأنس بروح القانون الأجنبى ويتوسع فى مفهوم الفكرة المسندة للاعتبارات للدولة . ويعد ذلك تلافيا للنقد الموجه لنظرية بارتن فى حالة قصور النظرية عن معالجة الأحوال التى تعرض فيها على القاضى الوطنى علاقة يجهلها قانونه ^(٢).

وعلى ذلك إذا كيف القاضى العلاقة موضوع النزاع وتوصل إلى أن اختصاصه بنظره ثابت . ويبحث القانون الواجب التطبيق فدلته القواعد التشريعية إلى أن هذا القانون هو قانون أجنبى معين ، كان معنى ذلك أنه يجب أن يطبق هذا القانون الأجنبى ، أى أن هذا القانون الأجنبى هو الذى ينظم العلاقة وهو الواجب تحكيمه فى النزاع المعروض .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٣٣ وما بعدها .

(٢) الدكتور جمال الكردى فى مؤلفه التنازع مشار إليه فى مؤلف الدكتور محمد شتا ص ١٧٦ وما بعدها .

فمثلا إذا قالت قاعدة القانون الوطنى إن القانون الإنجليزى هو الذى يحكم العلاقة التى نحن بصددھا ، وجب على القاضى البحث عن الحكم الموضوعى فى القانون الإنجليزى والقضاء بموجبه .
ويستوى أن يكون مصدر القانون الأجنبى هو التشريع أو غيره من المصادر .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لما كان المرجع فى تكييف ما إذا كانت المسألة المعروضة على المحكمة هى من مسائل الأحوال الشخصية أم هى ليست كذلك هو القانون المصرى وفقا للمادة ١٠ من القانون المدنى، وكان يبين من المادة ١٣ من القانون المدنى والمادة ١٣ من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٧ بإصدار قانون نظام القضاء أن المنازعات المتعلقة بالنظام المالى بين الزوجين هى من مسائل الأحوال الشخصية ، وكانت المادة ٩٩ من قانون المرافعات إذ أوجبت على النيابة العامة أن تتدخل فى كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصية وإلا كان الحكم باطلا لم تفرق بين حالة وأخرى بل أطلقت النص ، ومن ثم لا تكون المحكمة إذ قضت من تلقاء نفسها ببطالان الحكم الابتدائى لعدم تدخل النيابة فى هذه المسألة استنادا إلى المادة ٩٩ مرافعات قد أخطأت فى تطبيق القانون ، كما يكون فى غير محله استناد الطاعنين إلى القانون السويسرى فى تكييف النظام

المالى بين الزوجين تكييفاً يخرج مسألته عن متناول نص المادة ٩٩ المشار إليها . ولايغير من هذا للنظر أن تكون الدعوى قد رفعت أصلاً بوصفها دعوى مدنية بطلب ملكية حصة معينة وطلب قيمتها متى كانت قد أثبتت فيها مسألة أولية من مسائل الأحوال الشخصية تقتضى تدخل النيابة فى الدعوى . أما القول بأن المسألة تركت فى عيوب الرضا الخاصة بالاتفاق على النظام المالى بين الزوجين من حيث وجود الرضا أو انعدامه ومن حيث تقادم دعوى الإبطال فى هذا الخصوص أو عدم تقادمها وبأن الحكم شابه قصور إذ أغفل الواقعة الجوهرية التى أثارها الطاعنون وهى أن نظام اتحاد الأموال قد استبدل به غيره بمقتضى الاتفاق المشار إليه ، كل هذه الاعتراضات لاتخرج المسألة المتنازع عليها من حيزها القانونى الصحيح وهو أن النظام المالى الذى يخضع له الزوجان هو مسألة أولية متعلقة بصميم الأحوال الشخصية " .

(طعن رقم ٤٢٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦)

٢- " على القاضى أن يطبق القانون الأجنبى الذى تشير بتطبيقه قواعد الإسناد ، سواء مصدره التشريع أم غيره من المصادر . وإذا كان الحكم المطعون فيه قد طبق أحكام الزواج الظنى على واقعة الدعوى أخذاً بما جرت عليه التقاليد والأحكام القضائية فى ظل القانون البيزنطى بهذا الخصوص والتى تقتضى

المادة الأولى من قرار ١٨٣٥/٢/٢٣ - الخاص بالقوانين المدنية اليونانية الذى يحكم واقعة الزواج من حيث شروط صحته والآثار المترتبة على إبطاله - باتباعها . لما كان ذلك فإن النعى يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٢٣ لسنة ٣٧ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٤/١٢)
(أنظر أيضا شرح المادة ٢٧ التى تنص على أنه إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو واجب تطبيقه فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون أن تتعلق بالقانون الدولى الخاص " .

١٢١- تطبيق القاضى القانون الأجنبى من تلقاء نفسه :

إذا خلص القاضى من تكييفه للعلاقة القانونية المعروضة عليه، ورأى أن القانون الأجنبى هو واجب التطبيق ، تعين عليه تطبيقه دون أن يتمسك الخصوم بذلك.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" ويراعى من ناحية أخرى أن تطبيق القانون المصرى بوصفه قانونا للقاضى فى مسائل التكيف لايتناول إلا تحديد طبيعة العلاقات فى النزاع المطروح لإدخالها فى نطاق طائفة (نوع) من طوائف النظم القانونية التى تعين لها قواعد الإسناد اختصاصا تشريعيا معينا كطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص أو بالمواريث والوصايا أو بمركز الأموال. ومتى تم هذا

التحديد انتهت مهمة قانون القاضى إذ يتعين القانون الواجب تطبيقه ولا يكون للقاضى إلا أن يعمل بأحكام هذا القانون وقد استرشد المشروع فى صياغة القاعدة الواردة فى الفقرة الأولى بالمادة ٦ من تقنين بوستامنتى والمادة ٧ من المجموعة الأمريكية الخاصة بتنازع القوانين^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" بحث انطباق القانون الذى طلب المدعى تطبيقه أو عدم انطباقه هو بحث يجب على المحكمة أن تجريه ولو من تلقاء نفسها فى كل دعوى تطرح عليها تمهيدا لإنزال حكم القانون الصحيح على الواقع الذى ثبت لها . ومنازعة الخصم فى انطباق القانون الذى يطلب المدعى تطبيقه لا تتضمن إنكارا منه لاختصاص المحكمة وإنما لانطباق القانون المطلوب تطبيقه فحسب وبالتالي فإن فصل المحكمة فى مسألة انطباق القانون أو عدم انطباقه لا يعتبر قضاء منها فى مسألة اختصاص مما يجوز استئنافه دائما " .

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٦/٢٩)

١٣٢- إثبات القانون الأجنبى :

القانون الأجنبى واقعة مادية ، يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٣٥ وما بعدها .

ولا يثنى فى إثباته تقديم صورة عرفية تحوى أحكام التشريع.
وإنما يمكن إثباته بتقديم صورة رسمية من القانون الأجنبى
ويكفى اعتمادها من القنصلية الأجنبية ، أو صورة رسمية للأحكام
القضائية الأجنبية متى كانت معتمدة أو كتب الفقه وتخضع كافة
الأدلة لتقدير قاضى الموضوع .

وللقاضى أن يبحث من تلقاء نفسه عن القانون الأجنبى لتطبيقه
وله فى سبيل ذلك الاستعانة بوزارة الخارجية وعموما يجوز إثبات
القانون الأجنبى بكافة الطرق عدا اليمين والإقرار .
فإذا عجز القاضى والخصوم عن التحقق من القانون الأجنبى ،
فيجب تطبيق قانون القاضى ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " التمسك بتشريع أجنبى أمام محكمة النقض لا يعدو أن
يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها ولا يغنى فى إثباتها
تقديم صورة عرفية تحوى أحكام هذا التشريع " .

(طعن رقم ٤٠٨ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/٧/٧)

٢- الاستناد إلى قانون أجنبى - وعلى ما جرى به قضاء هذه
المحكمة - واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها. ولما كانت
الطاعنة لم تقدم ما يثبت أنها تمسكت بهذا الدفاع - القائم على

(١) المستشار أنور طلبه ص ٣٤٨ .

القانون الأجنبي - أمام محكمة الموضوع ، فإنه يكون سبباً جديداً لاجتياز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ."

(طعن رقم ٥١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٤/٤/١٩٧٠)

٣- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه إلى أحكام لمحكمة النقض والاستئناف الأثينية وإلى فتوى صادرة من المعهد اليونانى للقانون الدولى كعنصر من عناصر البحث التى استأنس بها لتعرف الرأى السديد فى تأويل نصوص القانون اليونانى وكان لاجدى الطاعنين التحدى بالفقرة الثانية من المادة ١٨٠٧ من القانون المدنى اليونانى ، لأن الثابت من تقاريرات الحكم أن الموصية قد تصرفت بمقتضى وصيتها فى جمع تركتها وليس فى جزء منها ، ولما كان القانون الأجنبى لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليه ، وكان الطاعنان لم يبيننا النص القانونى الذى يحول بين الزوجة وبين إمكان التصرف فى نصيب زوجها - الموصى له به والذى توفى قبل وفاة الموصية - ضمن الوصية ، فإن التعى على الحكم يكون على غير أساس ."

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ٤/١٢/١٩٧٤)

١٣٣- تفسير القاضى للقانون الأجنبى :

يلتزم للقاضى بتفسير القانون الأجنبى ، مهتديا فى ذلك بالتفسير الذى استقر عليه الرأى فى البلد الأجنبى ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" استناد المحكمة إلى فتوى صادرة من المعهد اليونانى للقانون الدولى كعنصر من عناصر البحث التى استأنست بها لتعرف الرأى السديد فى تأويل نصوص القانون اليونانى لايعتبر تخليا منها عن وظيفتها " .

(طعن رقم ٢٣ لسنة ٢٧ قى جلسة ١٩٥٩/٤/٢)

ويخضع القاضى فى تفسير للقانون الأجنبى لرقابة محكمة النقض، فكلية القانون الواردة بالمادة ٤٢٥ من قانون المرافعات والتى تعدد الأحوال التى يجوز فيها الطعن بالنقض تشمل القوانين الوطنىة والأجنبية على حد سواء . فالحكم الذى يخطئ فى تطبيق القوانين الأجنبية أو فى تفسيرها يجوز الطعن فيه أمام محكمة النقض ^(٢).

(١) للدكتور هشام على صادق القانون الدولى الخاص - للكتاب الثانى تنازع

القوانين ٢٠٠٤ ص ١٧٤ .

(٢) للدكتور هشام على صادق ١٨٢ .

مادة (١١)

١- الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم . ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لايسهل على الطرف الآخر تبينه ، فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته .

٢- أما النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى ، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر فإن القانون المصرى هو الذى يسرى .

الشرح

١٣٤- الحالة المدنية للأشخاص :

يقصد بالحالة المدنية للأشخاص جملة الصفات التى تحدد مركز الشخص من أسرته ودولته وهى صفات تقوم على أسس من الواقع كالسن والذكورة والإناثية والصحة أو على أساس من القانون كالزواج والحجر والجنسية^(١).

(١) مذكرة المشروع التمهيدى جـ ١ ص ٢٤٢ .

فالحالة الشخصية نوعان : الحالة العامة للشخص أو حالته السياسية وهي جملة الصفات التي تحدد مركز الشخص في الدولة، كجنسية الشخص وموطنه ، والحالة الخاصة أو المدنية وهي مجموعة الصفات اللصيقة بالشخص والتي تحدد مركزه في العائلة والقانون الشخصي لايحكم سوى الحالة المدنية للشخص .

وهناك عنصر خاص من عناصر الحالة هو الاسم : فالاسم من العلامات المميزة للشخص والتي تتصل بمركزه العائلي .

أما الأهلية - في صدد هذا النص - فالمقصود بها أهلية الأداء وحدها ، أى صلاحية الشخص للالتزام بمقتضى التصرفات الإرادية . وهذه الصلاحية تتصل اتصالا وثيقا بالحالة^(١).

وتسرى على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم أى قانون الجنسية .

فقانون الجنسية هو الذى يحدد سن الرشد وعوارض الأهلية وأسباب الحجر من جنون وعته وسفه وغفله ونحو ذلك . كما يقرر مايترتب على نقص الأهلية من جزاء^(٢).

١٣٥- الأجنبي ناقص الأهلية :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه :

(١) مذكرة المشروع للتمهيدى جـ ١ ص ٢٤٢ ومابعدها .

(٢) المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد ص ١٨١ .

"ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تتخذ في محضه وتروهب آثارها فيها ، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لايسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته " .

وهذا الحكم يعد استثناء من القاعدة السابقة التي تجعل قانون جنسية الشخص هو الذي يحكم أهليته . وقصد بهذا الاستثناء حماية المتعاقدين مع هذا الأجنبي ناقص الأهلية سواء كان مصريا أو أجنبيا، فإن ذلك لا يؤثر في أهليته ، بل يعتبر كامل الأهلية ^(١).

ويشترط لتطبيق هذا الاستثناء ما يأتي :

١- أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية بالنظر إلى قانونه الشخصي، كامل الأهلية وفقا للقانون المصري ، لأن الاستثناء المذكور يقرر سببا من أسباب استبعاد القانون الأجنبي بالنسبة لإحدى الفكر المسندة وهى فكرة الأهلية ، واستبعاد القانون الأجنبي بناء على الجهل للمغتفر بأحكامه المتعلقة بالأهلية ، يستتبع حتما وجوب

(١) وحال مناقشة المادة في لجنة القانون للمدنى بمجلس الشيوخ رأت اللجنة استبدال عبارة " فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته " بعبارة " فإن الأجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الأهلية " دفعا للشبهة التي يولدها إطلاق النص على كمال الأهلية فقد يوجد سبب آخر للحد من الأهلية مع أن المقصود هو عدم الاعتماد بالسبب الخاص الذي لا يسه الخفاء (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٤٥) .

الفصل فى النزاع طبقا لقانون معين ، هذا القانون هو القانون المصرى ، إذ لو قيل بغير ذلك لأصبحت أهلية المتعاقد الأجنبى غير محكومة بأى قانون " (١).

- ٢- أن يكون التصرف الذى كان الأجنبى طرفا فيه من التصرفات المالية ، دون التصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية.
- ٣- أن يكون التصرف قد أبرم فى مصر وأن يرتب آثاره فيها، لأن المقصود هو حماية المعاملات التى تجرى فى حدود الإقليم المصرى .

(١) المستشار محمد شتا أبو سعد ص ١٨١ ومابعدا .

وعكس ذلك المستشار أنور طلبه ص ٣٦٠ ، فهى يشترط أن يكون الأجنبى ناقص الأهلية أيضا بالنسبة للقانون المصرى، لأنه إذا كان رشيدا بالنسبة للقانون المصرى أى بالغ إحدى وعشرين سنة ميلادية ، فإن تصرفه يقع صحيحا إعمالا لإقليمية القانون المصرى وهو ما كانت تنص عليه المادة ١١ من مشروع القانون المبنى الذى كان يجرى نصها على أنه " ومع ذلك فالأجنبى الذى يقوم فى مصر بتصرف لا يكون أهلا له بحسب القانون المبين فى الفقرة السابقة- قانون الدولة التى ينتمى إليها الشخص - يلتزم بهذا التصرف إذا كان أهلا للقيام به طبقا للقانون المصرى إلا فيما يتعلق بالملامك المتعلقة بالأسرة والموارث والتصرفات الواقعة على عقارات كائنة فى الخارج " .

٤- أن يكون نقص أهلية الطرف الأجنبي يرجع إلى سبب فيه خفاء لايسهل على الطرف الآخر تبينه . ومثل ذلك أن يكون مظهره لايدع محلا للشك فى كمال أهليته ^(١).

وهذا الشرط يخضع لمعيار شخصى فيرجع فيه إلى ظروف التعاقد .

١٣٦- الأشخاص الاعتبارية الأجنبية :

الأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، يسرى على نظامها القانونى قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى .

ومركز الإدارة الرئيسى الفعلى هو الذى تتعقد به الجمعية العمومية ومجلس الإدارة والذى توجد به مكاتب الإدارة .

أما إذا باشرت هذه الأشخاص المعنوية نشاطها الرئيسى فى مصر ، فإن القانون المصرى هو الذى يسرى على نظامها القانونى. والمقصود بالنشاط الرئيسى هو الذى يكرس له الشخص الاعتبارى كافة إمكانياته أو النسبة الغالبة منها^(٢).

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٤٣.

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٢٥٨ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وتعرض للفقرة الثانية لحالة الأشخاص المعنوية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات فتوجب تطبيق قانون الدولة التى تتخذ فيها هذه

وانطباق القانون المصرى قاصر على النظام القانونى
للأشخاص الاعتبارية العامة ، دون تصرفاته الأخرى التى تخضع
للقانون الذى يسرى على الأشخاص الطبيعيين .

الأشخاص مركزها الرئيسى الفعلى . وكان القضاء المختلط موزع للرأى
فى هذه المسألة فبعض الأحكام اختار القانون الذى يتكون فى ظله
للشخص المعنوى (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩١٠ ب ٢٢ ص
١٥٨) وبعضها قانون جنسية الشركاء إذا اتحدوا جنسية (استئناف
مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ ب ٤ ص ٤٩) وبعض آخر أثبت
الاختصاص مبدئياً لقانون الدولة التى يوجد بها المركز الفعلى ولكنه لم
يوفق فى تطبيق المبدأ (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٣ ب ٢٥
ص ١٣١) . ولذلك أحسن المشروع إذ قطع بالرأى فى شأن الحكم الذى
يجب اتباعه (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٤٣) .

ولم يكن نص المادة كما ورد بالمشروع يتضمن عبارة : " ومع ذلك فإذا
باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر فإن القانون المصرى هو الذى يسرى"،
وإنما أضافتها لجنة المراجعة إلى النص بناء على اقتراح معالى
السنهورى باشا (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٤٤) .

مادة (١٢)

يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين .

الشرح

١٢٧- المقصود بالشروط الموضوعية لصحة الزواج :

الشروط الموضوعية لصحة الزواج تشمل كل ما يتعلق بالتراضى وهى الشروط الخاصة بالإرادة التى تسهم فى تكوين العقد سواء كانت إرادة أحد العاقدين أو من ينوب عن أيهما أو من يعاونه ، وتطابق الإرادتين وكذلك كل ما يتعلق بالمحل والسبب .
وتطبقا لهذا المفهوم على الشروط الشرعية للزواج يتضح أن جميع شروط صحة الزواج من الشروط الموضوعية فيما عدا شرط الشهادة الذى يعتبر شكليا .

وعلى ذلك تعد شروط الانعقاد ، وهى كون العاقد مميزا واتحاد مجلس الإيجاب والقبول وعدم رجوع الموجب قبل القبول من الشروط الموضوعية .

كما يعد كذلك أحد شرطى الصحة وهو صلاحية المرأة لأن تكون محلا للعقد ، أى غير محرمة على من يريد الزواج منها .
وتعتبر شروط التنفيذ بدورها موضوعية ، ويدخل فى هذه الشروط ما يتعلق بولاية كل من يتولى إنشاء العقد لإبرامه .

فالمتعاقد باسمه يجب أن يكون أهلا ، كما يتعين أن تتوفر لدى المتعاقد باسم الغير سلطة النيابة .

وأخيرا فإن شروط اللزوم تعد هي الأخرى من الشروط الموضوعية . ويعتبر من هذه الشروط كل ما يتصل بالمهر وضرورة تعادله مع مهر المثل ومدى توافر الكفاءة المطلوبة في الزوج .

ورضاء أحد الزوجين بالزواج والمقرر في بعض التشريعات يعد من قبيل الشروط الموضوعية .

أما شرط الطقوس الدينية فإنه يعد شرطا شكليا وفقا للمفهوم المصري للزواج بوصفه نظاما مدنيا^(١).

١٢٨- الرجوع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين :

يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين .

والمقصود هو قانون كل من الزوجين عند نشأة الزواج ، ففي هذا الوقت وحده يرجع إلى قانون معين لبيان الشروط الموضوعية الواجب توافرها لصحة الزواج .

(١) الدكتور هشام على صادق ص ٢٦٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الحكم المطعون فيه بعد أن قرر أن القانون المدني اليوناني والقانون المدني الإيطالي هما القانونان اللذان يجب تطبيقهما في الدعوى فيما يتعلق بشروط صحة انعقاد زواج الطاعن بالمطعون عليها وبعد أن قرر أنه وفقا لنص المادة ١٣٥٤ من القانون المدني اليوناني ونص المادة ٨٦ من القانون المدني الإيطالي لا يجوز لمن كان مرتبطا بزواج سابق أن يعقد زواجا جديدا قبل انحلال الزواج السابق وإلا كان العقد الثاني باطلا- بعد أن قرر الحكم ذلك قصر بحثه على حكم القانوني المدني الإيطالي فيما يتعلق بطلب بطلان الزواج الثاني الذي عقد أثناء غياب الزوج السابق وقيل أن تنتهي حالة غيبته وانتهى من هذا البحث إلى أنه لا يقبل الطعن في الزواج الثاني طالما كانت حالة الغياب قائمة، ولم يتعرض لحكم القانون للمدني اليوناني في هذا الخصوص مع أنه أحد القانونين اللذين يجب الرجوع إليهما لتعرف الشروط الموضوعية لصحة الزواج الجديد عملا بالمادة ١٢ من القانون المدني المصري، ومع تمسك الطاعن بأنه وفقا للنص للمادة ١٣٥٤ من القانون المدني اليوناني يعتبر زواجه بالمطعون عليها باطلا إذ لم يصدر حكم بانحلال زواجها السابق قبل انعقاد زواجها الجديد. لما كان

ذلك فإن الحكم إذ لم يتبين حكم القانون اليوناني في واقعة الدعوى ولم يرد على ما تمسك به الطاعن في هذا الخصوص يكون قد جاء معيبا بما يستوجب نقضه .

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٣ القضائية "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٤/٤/١)
فلا صعوبة في الأمر إذا اتحدت جنسية كل من الزوجين، إذ يتعين في هذه الحالة تطبيق قانون جنسيتها المشتركة .

أما إذا اختلفت جنسية كل من الزوجين ، فإنه يطبق قانون كل من الزوج والزوجة تطبيقا موزعا . وعلى ذلك فيكفي لصحة الزواج أن تستوافر في الزوج الشروط التي يتطلبها قانونه ، وأن يتحقق لدى الزوجة الشروط المقررة في قانونها .

ومع ذلك فقد يحدث في بعض الأحيان أن يتعذر التطبيق الموزع لقانون كل من الزوج والزوجة . ويبدو ذلك بصفة خاصة بالنسبة لبعض الشروط السلبية للزواج أو ما درج الفقه على تسميته بموانع الزواج . إذ قد يؤدي مراعاة المانع لدى أحد الزوجين إلى ضرورة مراعاته بالنسبة للزوج الآخر .

فإذا نص قانون أحد الزوجين على منع للزواج لاختلاف الدين أو بسبب درجة القرابة ، وتحقق فعلا اختلاف الدين أو توافرت القرابة المانعة ، فإن الزواج لايقع صحيحا حتى لو كان للمنع غير مقرر في قانون الزوج الآخر .

وإذا كانت موانع الزواج التي يقرها قانون أحد الزوجين يمكن تركيز عناصرها في جانب هذا الزوج وحده . فإن مناط الفصل في هذه المسألة يتوقف على تفسير القاعدة التي تتضمن الشرط المانع للزواج . فقد يؤدي تفسير قاعدة المانع إلى الاكتفاء باشتراط المانع في جانب الزوج الذي تقرر الحظر في قانونه فقط كما هو الشأن فيما لو نص قانون أحد الزوجين والذي لا يمنع الطلاق على منع المطلق من الزواج ما بقي زوجه الأول حيا ، إذ أن هذا الوضع لا يحول دون صحة الزواج بين زوج غير مطلق ينتمي إلى الدولة التي يقرر قانونها هذا الحظر وبين زوجة مطلقة - ومازال زوجها الأول حيا - تتمتع بجنسية دولة أخرى لا يتضمن قانونها شرط المانع من الزواج في هذا الفرض.

ومع ذلك فقد يؤدي تفسير قاعدة المانع المقررة في قانون أحد الزوجين إلى بطلان الزواج حتى ولو تحقق الشرط في الطرف الذي لم يتضمن قانونه شرط المانع . من ذلك ما يقره القانون السويدي في شأن منع الزواج إذا كان أحد الزوجين مصابا بأمراض معينة .

ففي هذا الفرض يقع الزواج باطلا حتى لو كان الزوج السويدي - والذي يقرر قانونه هذا الشرط - خاليا من الأمراض ، مادام أن الطرف الآخر والمتمتع بجنسية دولة لا يقرر قانونها هذا الشرط مصابا بأحد الأمراض المنصوص عليها في القانون السويدي .

وأساس هذا النظر أن التفسير السليم لقاعدة التحريم الوارد فى القانون السويدي يستتبع القول بأنها لا تهدف إلى منع المرضى من الزواج فقط ، وإنما هى تسعى إلى حماية الأصحاء من الزواج بالمرضى^(١).

١٣٩- يجب ألا تتعارض الشروط الموضوعية للزواج مع النظام العام فى مصر :

إذا كان القانون الأجنبى هو واجب الاتباع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج ، فإنه يجب ألا يتعارض هذا القانون مع النظام العام فى مصر ، وإلا تعين على القاضى استبعاده. فيجب استبعاد القانون الأجنبى إذا تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية بوصفها صاحبة الولاية العامة فى مواد الزواج .

فإذا كان القانون الأجنبى واجب التطبيق يجيز زواج المسلمة بالكتابى تعين استبعاده .

وإذا كان القانون الأجنبى يمنع الزواج من ثانية ، فإنه يجب إهداره .

١٤٠- الشروط الشكلية للزواج :

تحديد فكرة شكل الزواج هى مسألة فى البداية تكيف تخضع وفقا للقواعد العامة لقانون القاضى .

(١) الدكتور هشام على صادق ٢٦٢ ومابعدھا .

فموضوع التصرف - على ما رأينا سلفا- هو الإرادة - أما شكله فهو إظهار هذه الإرادة إلى العالم الخارجى .
وعلى ذلك فإن الشهادة فى زواج المسلمين تعد شرطا شكليا ، والطقوس المتبعة فى زواج غير المسلمين شرطى شكلى . فهى لا تدخل جميعا فى مضمون الرضاء ، وإنما تهدف فقط إلى مجرد العلانية .

وكانت الفقرة الثانية من المادة ٢٨ من المشروع التمهيدى (المقابلة للمادة ١٢) تنص على أن : " أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحا الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبى ومصرى إذا عقد وفقا لأوضاع البلد الذى تم فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع التى قررها قانون كل من الزوجين " .
ولكنها حذفت لكتفاء بالقواعد العامة .

وعلى ذلك فإن شكل الزواج يخضع للشكل الوارد فى قانونهما الشخصى ، وفى حالة اختلاف جنسيتهما يلزم استيفاء الشروط الشكلية التى يتطلبها قانون كل منهما كما يجوز أن يتم شكل الزواج طبقا للقانون المحلى أى طبقا لقانون البلد الذى أبرم فيه عقد الزواج . أو يتم فى الشكل الدبلوماسى ونعرض لذلك فيما يلى :

١٤١- أولاً : الشكل المقرر فى القانون الشخصى للزوجين :

يصح أن يخضع شكل الزواج للقانون الشخصى لكل من المتعاقدين ، أى قانون الزوج وقانون الزوجة ، أى قانون جنسيتها مادام إجراء هذا الشكل ممكناً فى مصر .

فإذا كانا من جنسية واحدة خضع الزواج للشكل الوارد فى قانونهما ، أما إذا كانا من جنسيتين مختلفتين وكان الشكل مختلف فى قانون كل منهما عن الآخر، وجب أن يتم الشكل طبقاً للقانونين. ومعنى ذلك أنه يتعين مباشرة العقد مرة طبقاً للشكل الوارد فى قانون الزوج ومرة أخرى طبقاً للشكل الوارد فى قانون الزوجة .

١٤٢- ثانياً : الشكل الوارد فى القانون المحلى :

يجوز أن يتم الزواج بالشكل الذى ينص عليه القانون المصرى. وينص القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بشأن التوثيق فى المادة الثالثة منه (محللة بالقانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥) على أن : تتولى المكاتب توثيق جميع المحررات وذلك فيما عدا عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصديق على ذلك الخاصة بالمصريين المسلمين والمصريين غير المسلمين المتحدى للطائفة والملة ويتولى توثيق عقود الزواج والطلاق بالنسبة إلى المصريين غير المسلمين والمتحدى للطائفة والملة موقوفون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل. ويضع الوزير لائحة تبين شروط التعيين فى وظائف الموثقين المنتدبين واختصاصاتهم وجميع ما يتعلق بهم .

ويستحق على عقود الزواج المذكورة رسم طبقا للقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٤٤ المشار إليه .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون : "وبمناسبة صدور القانون بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المالية رأى تنظيم توثيق عقود الزواج والإشهادات التى كانت تتولاها المحاكم الشرعية والمجالس المالية وقد وضع المشروع الحالى متضمنا هذا التنظيم ورؤى الإبقاء على نظام المأذونين فيما يتعلق بتوثيق عقود الزواج لدى المسلمين لما فيه من التيسير فى الإجراءات وقربه دائما من المتعاقدين وضمان مراقبته والإشراف عليه كما رأى تنظيم توثيق عقود الزواج بالنسبة للمصريين غير المسلمين للمتحدى الملة بوضع نظام مماثل لنظام المأذونين - فجعل الاختصاص فى توثيق عقود الزواج لموثقين منتدبين يكون لهم إمام بالأحكام الدينية للجهة التى يتولون التوثيق فيها وعلى أن لايمس ذلك التوثيق الإجراءات الدينية - ونص المشروع على أن يصدر بشأن هؤلاء الموثقين المنتدبين قرار من وزير العدل ينظم كيفية تعيينهم واختصاصاتهم وتأديبهم على النحو المتبع فى شأن المأذونين . وقد صدر هذا القرار بتاريخ ٢٦ ديسمبر ١٩٥٥ وهو يقضى فى المادة ١٥ منه بأن : " لايجوز للموثق المنتدب أن يوثق غير عقود الزواج والرجعة والطلاق والتصادق على ذلك الخاصة بالأشخاص

المتحدى للطائفة والملة التابعين للجهة الدينية التى يقوم بالتوثيق لها".

وظاهر من هذا أن مكاتب التوثيق أصبحت هى الجهة ذات الاختصاص العام بالتوثيق ، وإن استبقى المشرع ، للأسباب المشار إليها فى المذكرة الإيضاحية ، نظام المأنولين ليتولوا توثيق زواج المصريين المسلمين ، واستحدث نظام الموثقين المنتدبين ليتولوا توثيق زواج المصريين غير المسلمين المتحدى الديانة والمذهب والملة . وعلى ذلك فلم يعد هناك بالنسبة للأجانب سوى شكل واحد يجوز إفراغ زواجهم منه . ألا هو الشكل الذى يتم لدى مكاتب التوثيق ، إذ أن هذا الشكل هو الشكل المحلى الوحيد بالنسبة إليهم .

١٤٣- ثالثاً : الشكل الدبلوماسى أو القنصرى :

يجوز للأجانب أن يتزوجوا فى جمهورية مصر العربية فى الشكل الدبلوماسى أو القنصرى ، بشرط أن يكون إجراء الزواج داخل فى وظيفة الممثل الدبلوماسى أو القنصرى ، حسب قانون دولته ، إذ أن بعض الدول التى تعتبر لازواج نظاما دينيا كاليونان لاتجز لقنصلها مباشرة عقد الزواج . كما أن بعض الدول تستلزم أن يكون أحد الطرفين أو كلاهما تابعا لها . هذا ومتى كان الزوجان من جنسية واحدة أبرم الزواج لدى قنصل دولتهما ، أما إذا كانا من جنسيتين فيعقد الزواج مرة لدى قنصل الزوج وأخرى

لدى قنصل الزوجة ، مع ملاحظة حدود اختصاص كل قنصلية حسب قانونهما .

وقد قضت المحاكم المختلطة بصحة الزواج الحاصل لدى قنصلية الزوج وحده .

ويحتج بالزواج القنصلى فى الجمهورية مادام قد تم فى قنصلية تقرر لها حكومة الجمهورية مباشرة هذا الاختصاص على أنه إذا كان للأجانب أن يختاروا ما بين الأشكال الثلاثة المتقدمة ، إلا أن ذلك مشروط بكون الطرفين فى الزواج أجنيين ، فإذا كان أحدهما وطنيا تعين إجراء الزواج فى الشكل المقرر فى القانون المصرى ، دون الشكل الذى يقضى به قانون جنسية الطرف الأجنبى والشكل القنصلى^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " العرف مصدر أصيل من مصادر القانون الدولى ، ولا يوجد نص تشريعى فى مصر يحظر قيام قناصل الدول الأجنبية فى مصر بأعمال التوثيق ، ولا تعارض بهذه المثابة بين هذا الوضع وبين ما نصت عليه الفقرة (و) من المادة الخامسة من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية والتى انضمت إليها جمهورية مصر

(١) الدكتور عز الدين عبد الله القانون الدولى الخاص الجزء الثانى الطبعة

العربية اعتباراً من ٢١ يوليو ١٩٦٥ والتي تقضى بأن الوظائف
القنصلية " تشمل القيام بأعمال التوثيق والأحوال المدنية وممارسة
الأعمال المشابهة وبعض الأعمال الأخرى ذات الطابع الإدارى ما
لم يتعارض مع قوانين ولوائح الدولة الموفد إليها " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ قـ "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٤/١٢/٤)

٢- " إن ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق رقم ٦٨
لسنة ١٩٤٧ من أنه " قد كان مقتضى توحيد جهات التوثيق أن
تكون مكاتب التوثيق الجديدة هى التى تتولى توثيق جميع
المحركات أيا كانت ... وهذه المكاتب توثق المحركات المتعلقة
بمواد الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المسلمين ، إلا أنه بالنسبة
إلى الأجانب يكون لهم الخيار فى توثيق محرراتهم المتعلقة
بأحوالهم الشخصية لدى مكاتب التوثيق أو لدى جهاتهم القنصلية
تطبيقاً لقواعد القانون الدولى .." وما أورده تقرير لجنة الشئون
التشريعية بمجلس النواب عن ذات القانون من أنه " يقتضى
توحيد جهات التوثيق أن تلغى أقلام التوثيق بالمحاكم الوطنية
المختلفة وأن تحال إلى مكاتب التوثيق جميع أصول العقود الموثقة
بها والدفاتر والوثائق المتعلقة بها . أما للمحركات المتعلقة بالأحوال
الشخصية لغير المسلمين فتختص بها مكاتب التوثيق إذ يجب أن
تختص جهة واحدة بعد إلغاء المحاكم المختلطة بالتوثيق لغير

المسلمين في محررات أحوالهم الشخصية التي يتطلب القانون حالا أو مستقبلا توثيقها ، مع عدم حرمان الأجانب من حقهم في توثيق هذه المحررات أمام جهاتهم القنصلية طبقا للقواعد العامة في القانون الدولي الخاص ... " ما جاء بهذا التقرير وتلك المذكرة لا يعدو أن يكون إفصاحا من المشرع عن إرادته في توحيد جهات التوثيق التي كانت متفرقة ، وحرصا منه في ذات الوقت على استمرار تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص بالنسبة لمحررات الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب ، دون أن تكون هناك أدنى صلة لذلك بمسألة الامتيازات الأجنبية أو فترة الانتقال التي صاحبت إلغائها " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/١٢/٤)

١٤٤- زواج المصريين في الخارج :

يجوز للمصريين في الخارج أن يتزوجوا بأحد أشكال ثلاثة هي :

١- في الشكل الدبلوماسي والقنصلي لدى ممثلي الجمهورية

في الدول الأجنبية؛

ذلك أن المادة ٩٦ من القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٢ بإصدار قانون نظام السلك الدبلوماسي والقنصلي تنص على أن: " يباشر أعضاء بعثات التمثيل القنصلي - فيما يباثرون - الاختصاصات الآتية : وذلك طبقا للاتفاقات والمعاهدات والقرارات على ألا

تستعارض مع قوانين البلاد التي يؤدون فيها أعمالهم ويشترط اتباع أحكام القوانين واللوائح المصرية والتعليمات المنظمة لمباشرة هذه الاختصاصات :

١- قيد مواليد المصريين ووفياتهم فى حدود دوائر اختصاصهم.

٢- إبرام عقود الزواج والتصديق عليه متى أحد الزوجين أو كلاهما مصرى الجنسية وذلك طبقا للتعليمات المنظمة لذلك. وفى هذه الحالة يكون لأعضاء بعثات التمثيل القنصلى نفس السلطات والاختصاصات المخولة للموثقين والمأذونين الشرعيين فى مصر الخ ."

ومن ثم إذا كان الزوجان مصريين أو كان أحدهما مصرى والآخر أجنبيا جاز لهما الزواج بالطريق الدبلوماسى والقنصلى أمام أعضاء بعثات التمثيل القنصلى لمصر فى الدولة الأجنبية .

٢- فى الشكل الذى يقضى به إلقابون المصرى :

يجوز للمصريين فى الخارج إبرام زواجهم فى الشكل الذى يقضى به القانون المصرى . فإذا كان الطرفان مسلمين جاز لهما الزواج وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية أى بالإيجاب والقبول وحضور شاهدين تتوافر فيهما شروط للشهادة .

غير أن الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج لا تقبل في مصر - عند الإنكار - ما لم يكن للزواج ثابتا بوثيقة رسمية ، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرها إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة (م ١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) .

وكان يجوز لغير المسلمين أن يتزوجوا لدى الكنيسة التي يتبعونها ولو لم يكن الزواج أمامها هو الشكل المحلى وذلك قبل تعديل المادة ٣ من قانون التوثيق بالقانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ . غير أن المادة بعد تعديلها بالقانون الأخير لم تعد تسمح للمصريين غير المسلمين بإبرام زواجهم إلا عن طريق الموثقين المنتدبين ، وبذلك لم يعد الشكل الدينى من الأشكال التي يأخذ بها القانون المصرى، بحيث يمكن القول بأن المصريين غير المسلمين لايجوز لهم إبرام زواجهم فى الخارج أمام الجهة الدينية التي يتبعونها ، وإنما يتعين عليهم أن يبرموا زواجهم فى الخارج أمام الممثل القنصلى لمصر .

وقد اشترطت المادة ٩٦ من القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٢ ألا يكون ذلك متعارضاً مع قوانين الدولة التي تؤدي فيها البعثة القنصلية عملها .

٣- طبقاً للشكل المحلى :

يجوز للوطنيين فى الخارج أن يتزوجوا فى الشكل المحلى للدولة التي يزمعون إبرام عقد الزواج فيها .

فإذا كان الطرفان مسلمين أو كان الزوج على الأقل مسلما ، وكان الشكل المحلى هو الشكل الإسلامى ، فإنه يمكن إفراغ الزواج فى هذا الشكل .

كذلك يمكن إفراغ الزواج فى الشكل المحلى متى كان مطلق شكل مدنى ، وعلى الأقل متى كان هذا الشكل يكفل شهر الزواج بالشهادة ، كما لو تزوج وطنيان مسلمان أمام موثق الحالة المدنية فى فرنسا بحضور شاهدين مسلمين . أما إذا كان الشكل المحلى دينيا لما استطاع الوطنيون المسلمون إجراء الزواج فيه ، وعليهم أن يتزوجوا فى الشكل القنصرى .

أما إذا كان الزوجان غير مسلمين ، فإنه يصح عقد زواجهما فى الشكل المحلى سواء أكان هذا الشكل دينيا أم مدنيا ^(١).

(١) عز الدين عبد الله ص ٢٧٩ ومابعدهما - الدكتور جابر عبد الرحمن

تنازع القوانين ١٩٦٢ ص ٣١٠ .

مادة (١٣)

١- يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج ، بما فى ذلك من أثر بالنسبة إلى المال .

٢- أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق ويسرى على التتطبيق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى .

الشرح

١٤٥- القانون الذى يسرى على الآثار التى يرتبها عقد الزواج :

يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج ، بما فى ذلك من أثر بالنسبة إلى المال .

فصايط الإسناد فى شأن آثار الزواج هو جنسية للزوج وقت انعقاد الزواج .

وبهذا آمن المشرع - بحق - بضرورة تطبيق قانون واحد على آثار للزواج .

إذ يتعذر إخضاع آثار الزواج لأكثر من قانون واحد ، كقانون جنسية الزوجين مثلا ، إذ لا يمكن فى هذه الحالة تطبيق أيهما عندما

يختلفان ، ذلك أن الآثار تقتضى الوحدة فى النظام القانونى الذى يحكمها وتتفر بالضرورة من التعدد .

وإذا كان من المتعين أن نختار بين قانون جنسية كل من الزوجين ، فإن الأولى بحكم آثار الزواج هو قانون الزوج بوصفه رب العائلة . فضلا عن أن الزوجة تكسب عادة جنسية زوجها . ولا يؤثر فى الإسناد تغيير جنسية الزوج بعد الزواج ، لأن العبرة بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج (١).

غير أن سريان قانون جنسية الزوج وقت الزواج يعتد بنص المادة ١٤ من القانون المدنى التى توجب تطبيق القانون المصرى وحده إذا كان أحد الزوجين مصرىا وقت انعقاد الزواج .

(١) هشام صادق ص ٢٦٩ ومابعدا - حامد زكى ص ٣٦٢ ومابعدا - ويستثنى للدكتور حامد زكى ص ٢٦٣ من حالة تغيير الزوج لجنسيته أن يكون الأمر متعلقا بالنظام العام فيطبق قانون أحواله الشخصية الجديد. ولكنه يشير إلى أن لجنة تنازع الاختصاص بوزارة الحاقية أفتت مرارا برأى مخالف لما تقدم فلم تبح لقبطى أرثوذكسى بعد اعتناقه الإسلام أن ينفذ حكما شرعيا بالطاعة صادرا ضد زوجته بل اعتمدت حكما صادرا من المجلس العلى بإبطال الزواج لتغيير ديانته ، وقد صدرت هذه الفتوى فى سنة ١٩٢٢ وأيدتها أخرى مشابهة فى سنة ١٩٣١ وكذلك فى سنة ١٩٣٥ .

١٤٦. المقصود بآثار الزواج :

تتقسم آثار الزواج التي ينطبق في شأنها قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج إلى آثار شخصية وآثار مالية ، ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يأتي :

(أ) الآثار الشخصية للزواج :

يرتب عقد الزواج لكل من الزوجين حقوقا معينة ، كما يقرر بعض الالتزامات على كل منهما . ومجموع الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين على هذا النحو هو الذي يطلق عليه تعبير آثار الزواج .

ومثل ذلك حق الزوج على زوجته في الطاعة والقرار في المنزل ، والتأديب ، وواجب الإخلاص المتبادل بينهما والمساكنة وحق الزوجة في الصداق والنفقة ، وفي حمل اسم زوجها - في بعض التشريعات - أما النفقة الوقتية التي تطلبها الزوجة أثناء رفع دعوى الطلاق، فتخضع لقانون القاضى . فالنفقة الوقتية لاتعد أثرا من آثار الزواج ، وإنما هي إجراء من الإجراءات التي يقصد بها المحافظة على السلام والسكينة في الدولة . فهي تهدف إلى درء الضرر البالغ الذي قد يلحق بمن كان في حالة عوز واشتكت به الحاجة إلى القوت ، وتلك اعتبارات تتعلق بالأمن المdney^(١).

(١) الدكتور هشام على صادق ص ٢٧١ - المستشار أنور طلبه ص ٣٧٦ .

ومن الآثار للشخصية للزواج ، أثر قانون الزوج على أهلية المرأة ، لأن نقص الأهلية هنا لا يقصد به حماية المرأة نفسها ، وإنما يهدف إلى مصلحة العائلة ويتصل بنظم السلطة الزوجية . فإذا كن قانون جنسية الزوج يجعل الزوجة ناقصة الأهلية في تصرفات معينة كانت أهليتها ناقصة في هذه التصرفات .

ورغم خضوع أهلية المرأة المتزوجة لقانون جنسية الزوج . إلا أن قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ أخضع هذه المسألة لقانون الدولة التي تنتمي إليها المرأة - وليس الزوج - بجنسيتها فنص في المادة ١/١٤ منه على أن : " ينظم أهلية المرأة المتزوجة لمزاولة التجارة قانون الدولة التي تنتمي إليها بجنسيتها " .

على أنه حماية للغير من المتعاملين في مصر مع الزوجة الأجنبية التي تحترف التجارة فقد حرصت المادة ٢/١٤ من القانون على النص على افتراض أنها تزاول نشاطها التجاري بإذن زوجها ، فإذا كان القانون الواجب للتطبيق (قانون جنسية الزوجة) يجيز للزوج الاعتراض على احتراف زوجته للتجارة أو سحب إنذه السابق وجب قيد الاعتراض أو سحب الإن في السجل التجاري ونشره في صحيفة السجل ، ولا يكون للاعتراض أو سحب الإن أثر إلا من تاريخ إتمام هذا النشر .

ولا يؤثر الاعتراض أو سحب الإذن في الحقوق التي اكتسبها الغير حسن النية (المادة ٣/١٤)^(١).

(ب) الآثار المالية للزواج :

المقصود بالآثار المالية للزواج نظام الأموال بين الزوجين والذي تعرفه بعض التشريعات الأجنبية مثل التشريع الفرنسى . وهو نظام غريب عن الشريعة الإسلامية وعن النظم التي تحكم الطوائف غير الإسلامية في مصر .

ولعل عدم معرفة القانون المصرى بالنظم المالية للزواج هو الذى دفع المشرع المصرى إلى أن يضع لها تكييفاً تشريعياً ويلحقها بآثار الزواج .

ويقصد بالنظام المالى للزوجين مجموعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين ، والتي من مقتضاها بيان حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وإيرادات هذه الأموال وإدارتها والانتفاع بها ، ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج وأثناءه وبعد انحلال عقده ، وتسوية حقوق كل من للزوجين بعد انتهاء الزوجية .

ومن هذه الأنظمة العقد المسمى بمشارطة للزواج (contrat de mariage) وهذا العقد يقصد بها وضع تنظيم اتقالي للعلاق

(١) الدكتور هشام على صادق ص ٢٧٣ ومابعدها .

المالية بين الزوجين . وحرية الزوجين فى الاختيار محدودة فى أنظمة معينة ، فإن سكنا عن الاختيار اتبع النظام القانونى (regime légal) الذى يختلف باختلاف البلدان . وأهم أنظمة الزواج المالية المعروفة فى التشريعات هى .

(أ) نظام الاشتراك : (régime de communauté) :

وهو النظام القانونى فى فرنسا ، وبمقتضاه يملك الزوجان على الشيوع كل الأموال المنقولة دون العقارات التى تبقى ملكا خالصا لكل منهما .

(ب) نظام الدوطة (régime dotal) :

وبمقتضاه تسلم الزوجة بعض أموالها إلى الزوج لى يستغلها ، فيباح له فى بعض الأحوال التصرف بطريق البيع (بالنسبة للمنقولات) مع إلزامه برد قيمة هذه الأموال عند انتهاء الزوجية ، أما العقارات فالأصل أنها غير قابلة للتصرف وبالتالي غير قابلة للحجز .

(ج) نظام انفصال الأموال .

(régime de séparation des biens) :

وبمقتضاه تحتفظ الزوجة بكل أموالها مع إلزامها بالاشتراك فى مصاريف المنزل بما لا يقل عن الثلث .

(د) نظام عدم الاشتراك

: (regime desans communauté)

وبمقتضاه لا تختلط أموال الزوجين بل تبقى منفصلة وإنما للزوج الحق فى إدارة واستغلال أموال زوجته . فهذا النظام يختلف إذن عن نظام الانفصال فى أن هذا الأخير يبيح للزوجة التمتع بجزء من أهلية الإدارة .

وعلى العموم فى جميع الأنظمة السالفة الذكر تفقد المرأة أهليتها فى التصرف والإدارة كلياً أو جزئياً ، وللزوج للتصرف فى هذه الأموال فى حدود القانون . فيلزمه فى بعض الأحيان إذا باع بعض أموال الزوجة أن يشتري لها بثمنها أموالاً أخرى . وليس للزوجة أن تتصرف حتى فى أموالها الحرة إلا بعد أخذ إذن من زوجها^(١).

وإذا كان النظام المالى للزوجين يخضع على هذا النحو للقانون الذى يحكم آثار الزواج ، إلا أن تطبيق هذا القانون قد يتقيد مراعاة لمجال أعمال قانون موقع المال الذى يسرى على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى على نحو ما سنرى فى موضعه من الكتاب .

(١) حامد زكى ص ٢٦٦ وما بعدها .

وعلى ذلك فإن منع التصرف فى أموال الدوطة المقررة فى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج لايحتج به بالنسبة للأموال الكائنة فى مصر.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" على أن ولاية القانون الشخصى للزوج فيما يتعلق بنظام الأموال بين الزوجين (وهو نظام لا تعرفه الشريعة الإسلامية ولا الطوائف غير الإسلامية المصرية) لاتخل باختصاص القانون المصرى بوصفه قانونا لموقع الأموال وهذا ما عنته الفقرة الأخيرة من المادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة فى نصها على أن قواعد هذه المادة لاتخل " بالأحكام المتعلقة بنظام الملكية العقارية فى القطر المصرى " ويتفرع على هذا التحفظ أنه لايجوز الحكم فى مصر باعتبار البائنة مالا غير قابل للتصرف فيه وفقا للقانون الشخصى للزوج لأن هذه الناحية مسألة تتعلق بنظام الأموال ولايرجع فيها إلا لقانون موقع المال ... الخ " (١).

وإذا كلف من المنتصرون وفقا لما سلف إذا كان الزوج أجنبيا أن يستزوج وفقا لنظام اشتراك الأموال إلا أن الفقرة الأولى من المادة ١٥ من القانون التجارى الجديد قد حرصت على حماية استقرار

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٥٦ .

للمعاملات فى الأسواق التجارية المصرية ، فنصت على أنه :
"يفترض فى الزوجة الأجنبية التاجرة أنها تزوجت وفقا لنظام
انفصال الأموال إلا إذا كانت المشاركة المالية بين الزوجين تنص
على خلاف ذلك " .

وتنص الفقرة الثانية من المادة على أنه لا يحتج على الغير
بالمشاركة المالية بين الزوجين إلا إذا أشرت بقيدھا فى السجل
التجارى ونشر ملخصھا فى صحيفة السجل .

ونصت الفقرة الثالثة على أنه فى حالة إهمال شهر المشاركة
المالية بين الزوجين فإنه يجوز للغير أن يثبت أن الزواج قد تم وفقا
لنظام مالى أكثر ملاءمة لمصلحته من نظام انفصال الأموال^(١).

واستمرارا فى سياسة الحرص على حماية الغير من المتعاملين
مع الزوجة الأجنبية التاجرة فى الأسواق المصرية فقد نصت الفقرة
الرابعة من المادة ١٥ من القانون المذكور على أنه : " لا يحتج على
الغير بالحكم الصادر خارج مصر القاضى بانفصال الأموال بين
الزوجين إلا من تاريخ قيده فى السجل التجارى ونشر ملخصه فى
صحيفة هذا السجل " .

(١) الدكتور هشام على صادق ص ٢٧٤ ومابعدھا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) " المنازعات المتعلقة بالنظام المالي بين الزوجين هي من مسائل الأحوال الشخصية ومن ثم كل ما اتصل بهذا النظام من قواعد خاصة بتقرير حقوق للزوجين ومدى هذه الحقوق وماهيتها والمواعيد الخاصة ببقائها أو سقوطها يخضع لقواعد الإسناد الواردة بالمادة ١٣ من القانون المدني .

وما تشيهره الزوجة من نزاع حول العقد الذي اختار بموجبه الزوجان نظام فصل الأموال من حيث وجود الرضا أو انعدامه وتقدم دعوى الإبطال وعدم تقاضها لا يخرج المنازعة عن نطاق للنظام المالي الذي يخضع له الزوجان باعتبارها من صميم مسائل الأحوال الشخصية " .

(ب) - " مانصت عليه المادة ١٩٥ من القانون المدني السويسري من أن الزوج هو المالك لكل أموال الزوجية التي لا تكون حصصا للزوجة ولأن إيرادات الزوجة ابتداء من تاريخ استحقاقها والثمار الطبيعية لخصصها بعد انفصالها تصبح ملكا للزوج يدل على أن الزوج هو المالك لإيرادات وثمار جميع الأموال الزوجية " .

(ج) " الاستناد إلى المادة ٢١٤ من القانون المدنى السويسرى
لايحول دون اعتبار حق الزوجة فى الربح- فى حالة اتحاد أموال
الزوجين - حقا شخصيا " .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٢٩ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٣/٦/٢٦)
٢- (أ) " الأصل بحسب أحكام القانون المدنى الفرنسى أن
تخضع أموال الزوجين لنظام الاشتراك *communauté* الذى نظمت
قواعده المادة ١٣٩٩ ومابعدها . وقد أجاز المشرع الفرنسى
للزوجين الذين يريدان الخروج على قواعد هذا النظام كلها أو
بعضها أن يعلننا رغبتهما هذه فى مشاركة يعقدانها ويبينان فيها
النظام المالى الذى اختاراه ، وهذه المشاركة يطلق عليها بالفرنسية
contrat de mariage وهى غير وثيقة الزواج التى يتم بها
الزواج *acte de mariage* ويوجب القانون تحرير تلك المشاركة
أمام الموثق وقبل الزواج . فإذا لم يستعمل الزوجان هذه الرخصة
ولم يحررا مشاركة من هذا القبيل خضعت أموالهما حتما لنظام
الاشتراك باعتباره أثرا من الآثار التى يربتها القانون أصلا على
الزواج ويمتنع عليها فى هذه الحالة أن يعدلا من القواعد التى
وضعها القانون لهذا النظام باتفاقات خاصة يعقدانها فيما بينهما بعد
الزواج ، لأن تلك القواعد تعتبر غير قابلة للتغيير بإرادة الزوجين
مادامت الزوجية قائمة . وتبعا لذلك لايعتد بما يصدر منهما بعد

الزواج من اتفاقات أو إقرارات يكون القصد منها إخراج أى عنصر من عناصر المال المشترك من نظام الاشتراك واعتباره مملوكا ملكية خاصة لأحدهما".

(ج) " من مقتضى نظام الاشتراك أن يعتبر مالا مشتركا بين الزوجين جميع المنقولات التى كان يملكها كل منهما وقت الزواج وكذلك المنقولات التى يكتسبها أحدهما أثناء قيام الزوجية ولو كان قد دفع ثمنها من إيراد خاص حصل عليه من عمله الشخصى ، ويحق لدائنى أى الزوجين التنفيذ على جميع الأموال المشتركة . ولايغير من الأمر صدور حكم للزوجة بالتطليق من زوجها ، إذ أن هذا الحكم لا يؤثر على حق الدائن الذى نشأ قبل صدوره وأثناء قيام الزوجية وتعلق هذا الحق بالأموال المشتركة .

(طعن رقم ٣٤٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٣/١٩)

١٤٧- العقود المالية بين الزوجين :

العقود للمنظمة لنظام الأموال بين الزوجين هو من الآثار المترتبة على عقد الزواج ونتيجة مباشرة له وفقا للقوانين التى تأخذ بهذه الأنظمة ، ومن ثم تعتبر من آثار الزواج ، فتخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج .

إلا أن هناك عقودا مالية أخرى يمكن أن تتعقد بين الزوجين مثل البيوع والهبات والشركات والقروض .

وقد تكون هذه العقود أبرمت بالمشاركة مع آخرين .
وهذه العقود لاتخضع لقانون جنسية الزوج لأنها ليست من
الأثار المالية للزواج ، وإنما تخضع للقانون الذى يحكم العلاقة
الناشئة عن هذه التصرفات .

١٤٨. القانون الذى يسرى على الطلاق والتطليق والانفصال:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن :
" أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج
وقت التطليق ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التى
ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى " .
فهذه الفقرة تعالج حالة انقضاء الزواج .
والزواج ينقضى انقضاء كلياً بالطلاق والتطليق ، أو ينقضى
انقضاء جزئياً بالانفصال .
والطلاق هو الانقضاء الإرادى للزواج ، إذ ينهى أحد الزوجين
الطلاق بإرادته المنفردة .
أما التطليق فهو انقضاء الزواج بحكم القضاء أما الانفصال ،
وهو ما يطلق عليه الانفصال الجسمانى فهو انقضاء جزئى للزواج ،
وصورته التقريب فى المعيشة بين الزوجين وانفصال حياتهما
المشتركة ، دون أن يترتب على ذلك انقضاء رابطة الزوجية .

والقانون الذى يحكم الطلاق هو قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق . وعلى ذلك يرجع إلى قانون جنسية الزوج وقت الطلاق لمعرفة ما إذا كان من حق أى من الزوجين أن يطلق من عدمه .

أما القانون الذى يسرى على التطلق والانفصال ، فهو قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى .

وعلة التفرقة بين الطلاق من جانب والتطلق والانفصال الجسمانى من جانب آخر ، فيما يتعلق بقاعدة الإسناد ، هى أن الأول يقع بالإرادة، فجعل المشرع الوقت الذى تتحرك فيه الإرادة بطلبه هو الذى يتحدد بالنظر إليه القانون الذى يحكمه ، بينما لا يتحقق الثانى والثالث إلا بحكم من القضاء ، فجعل المشرع وقت رفع الدعوى هو الذى يتحدد بالنظر إليه القانون الذى يحكمها .

وهاتان القاعدتان تنطبقان سواء أكان الزوجان من جنسية واحدة أم من جنسيتين مختلفتين وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطلق أو الانفصال ، وسواء أكانت جنسية الزوج فى هذا الوقت أو ذلك هى بعينها جنسيته وقت انعقاد الزواج أم لم تكن . وقد قضى المشرع بهذا التحديد لهاتين القاعدتين على الجدل الذى يثيره الفقه حول ما إذا كان لجنسية الزوجة، إذا ما اختلفت عن جنسية الزوج ، اعتبار فى بيان القانون للواجب التطبيق ، أم لا ، وحول ما إذا كان

لتغيير جنسية الزوج بعد الزواج أثر في بيان هذا القانون من عدمه^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يبين من نصوص المواد ١٣، ٢٦، ٢٧ من القانون المدني أن طلب التطلق يطبق عليه قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج بجنسيته وأنه إذا كان الزوج ينتمى وقت رفع الدعوى

(١) عز الدين عبد الله ص ٢٩٩ وما بعدها - وينتقد الفقه حكم القانون لما يحتمل أن يترتب عليه من الإضرار بالحقوق المكتسبة للزوج الآخر كان كان قانون جنسية الزوج وقت الزواج لايجز الطلاق أو التطلق فغير الزوج جنسيته بعد ذلك واكتسب جنسية دولة أخرى يجيز قانونها الطلاق أو التطلق وقت الطلاق أو عند رفع الدعوى ، فإذا استبعدت فكرة الغش نحو القانون ، فإن هذا الطلاق أو التطلق يقع صحيحا بحسب الحل المصرى المذكور ومن ثم فهو حل لايتطيع أن يحقق العدالة على وجهها الصحيح . وأنه كان أحرى بالمشرع أن يقرر بأن العبرة بقانون جنسية الزوج وقت الزواج وليس ذلك غريبا فقد سلم القضاء الفرنسى بوجهة للنظر هذه فى النهاية كما أخذت به اتفاقية لاهاى بل ولقد كان هذا هو الحال المعمول به فى فترة الانتقال فى مصر إذ نصت عليه المادة ٣/٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة والمادة ٣/٣ من قانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ ، كما كان هو نفس الحل فى المادة ٢٩ من المشروع التمهيدى للقانون المبنى المصرى نفسه (جابر جاد عبد الرحمن ص ٣٣٤ وما بعدها - عز الدين عبد الله ص ٣٠٠ وما بعدها) .

بالتطليق إلى جنسية دولة أجنبية تتعدد منها الشرائع تعين أن تكون الشريعة التي تطبق أحكامها هي إحدى الشرائع المشار إليها دون القانون المصرى الذى يمتنع تطبيقه فى هذه الحالة . فإذا كان الثابت أن الزوج مالى الأصل بريطانى الجنسية ولم يكن له موطن فى مالطة أو فى غيرها من بلاد المملكة المتحدة أو المستعمرات وكان موطنه هو القطر المصرى فإن القانون الواجب التطبيق فى طلب التطليق يكون هو القانون الإنجليزى باعتبار أنه قانون عاصمة الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته " .

(طعن رقم ١١ لسنة ٢٥ ق" أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٨/٥/١)

٢- (أ) - "عقد الزواج لا يكسب أياً من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقاً مستقراً بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر فى هذا الخصوص" .

(ب) - " نص المادة ١٤ من القانون المدنى نص أمر متعلق بالنظام العام يسرى بأثر فوري " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٠/١١/١٧)

(أنظر أيضاً : تكملة لهذا الحكم منشورة فى شرح المادة (١٤)

بند (١٤٨) .

مادة (١٤)

فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصرى وقت انعقاد الزواج ، يسرى القانون المصرى وحده ، فيما عدا شرط الأهلية للزواج .

الشرح

١٤٩- الاستثناء الوارد بالمادة :

رأينا أن المادة ١٢ مدنى تنص على أن يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين .

كما رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٣ تنص على أن يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج ، بما فى ذلك من أثر بالنسبة للمال .

كما رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٣ تنص على أنه يسرى على الطلاق قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق ، ويسرى على التطلق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الدعوى .

إلا أن المادة (١٤) أتت باستثناء على أحكام الإسناد الواردة بهاتين المادتين يتوافر إذا كان أحد الزوجين مصرى وقت انعقاد الزواج. أما إذا كان الزوجان أجنبيين عند الزواج ثم تجنس أحدهما بالجنسية المصرية بعد ذلك ، فلا يتوافر الاستثناء . وعلى العكس

إذا كان أحد الزوجين مصرياً عند انعقاد الزواج فإن الاستثناء يتوافر ولو صار للزوجان أجنبيين بعد ذلك ^(١).

ويخلص هذا الاستثناء فيما يلى :

١- إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت الزواج ، فإنه يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى القانون المصرى ، وذلك استثناء من القاعدة الواردة بالمادة (١٢) والتى تقضى بالرجوع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين .

ومتى ثبت الاختصاص للقانون المصرى ، فإن قواعد التنازع الداخلى هى التى تحدد بعد ذلك الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق عملاً بالمادة ٢٦ من التقنين المدنى .

وقد نصت المادة (١٤) صراحة على أن الاستثناء الوارد بها لايسرى على شرط الأهلية للزواج . فتظل إذن أهلية أحد الزوجين خاضعة لقانون جنسيته ، ولاوجه لتطبيق القانون المصرى فى شأن هذه المسألة إلا بالنسبة للزوج المتمتع بالجنسية المصرية .

٢- إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج ، فإن القانون المصرى هو الذى يسرى على الآثار التى يربتها عقد الزواج، بما فى ذلك من أثر بالنسبة إلى المال ، وذلك استثناء من القاعدة العامة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة (١٣)

(١) هشام صادق ص ٢٩٣ .

والتي تقضى بسرّيان قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج .

وجدوى هذا الاستثناء لا تظهر إلا فى الأحوال التي تكون للزوجة فيها مصرية وقت الزواج . أما لو كان الزوج هو الذى يتمتع بجنسية جمهورية مصر العربية وقت الزواج فإن القانون المصرى ينطبق على آثار الزواج بمقتضى الضابط العام فى الإسناد (م ١/١٣) دون حاجة إلى الاستثناء المقرر فى المادة ١٤ .

٣- إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج ، فإنه يسرى على الطلاق والتطليق والانفصال القانون المصرى ، وذلك استثناء من القاعدة العامة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة (١٣) التي تقضى بسرّيان قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق على الطلاق، وقانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وقت الدعوى على التطليق والانفصال .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " نص المادة ١٤ من القانون المدنى صريح فى أنه يكفى أن يكون أحد الزوجين مصرياً وقت الزواج ليكون القانون المصرى وحده هو الواجب للتطبيق " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٠/١١/١٧)

٢- " إذا كان النزاع المطروح دائرا بين زوج إيطالى وزوجة
مصرية فتحكمه المادة ١٤ من القانون المدنى ويكون القانون
المصرى هو الواجب التطبيق ، فإذا كان الزوج يهودى الديانة
وكانت الزوجة مسيحية كاثوليكية فإن القانون المصرى الواجب
التطبيق هو القانون الذى كانت تطبقة المحاكم الشرعية صاحبة
الاختصاص العام فى مسائل الأحوال الشخصية . وهذا القانون هو
ما بينته المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى نصت
على أنه " تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح
الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون
المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام
طبقا لتلك القواعد " ، ولما كانت المادة ٩٩ من اللائحة قد نصت
فى فقرتها الأخيرة على حكم من الأحكام الواجبة التطبيق يقضى
بأن لاتسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على
الأخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق، وكان الثابت فى الدعوى
أن الزوجة مسيحية كاثوليكية لاتدين بوقوع الطلاق فإن دعوى
طلاق زوجها إياها تكون غير مسموعة ولايترتب على الطلاق
آثاره، ويكون الحكم المطعون فيه إذ قضى على خلاف ذلك وذبح
إلى أن أن المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية غير
منطبقة قد خالف القانون بما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٢٨ ق جلسة ١١/١٦/١٩٦٠)

كما قضت محكمة النقض بأن :

١- " نص المادة ١٤ من القانون المدني نص أمر متعلق

بالنظام العام يسرى بأثر فوري " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٣٩٠/١١/١٧)

مادة (١٥)

يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون
المدين بها .

الشرح

١٥٠- تطبيق قانون المدين بنفقة الأقارب :

يتناول النص القانون الذى يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين
الأقارب ، وقضى بأن يسرى على الالتزام بها قانون المدين .
وكانت المادة (٣٣) من المشروع التمهيدي المقابلة لهذه المادة
تجرى على أن : " يسرى على الالتزام بالنفقة قانون المدين بها".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"تناول المادة ٣٣ الالتزام بالنفقة فتوجب تطبيق قانون المدين
بها . وهذا حكم نقله المشروع عن الفقرة ٥ من المادة ٢٩ من
لائحة التنظيم القضائي وهو يشمل فى عمومها جميع أنواع النفقات
إلا ما يستثنى بنص خاص (١).

وعند نظر المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأيت
اللجنة تعديلها بإضافة عبارة " فيما بين الأقارب" إليها . وحكمة هذه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٦٤ .

الإضافة دفع شبهة أن يكون المقصود من النفقة نفقة الزوجية التي تنظمها أحكام المواد السابقة على اعتبار أنها من آثار الزواج^(١).

ويقصد بالقرابة الصلة بين الأشخاص بناء على دم أو أصل مشترك سواء كانت قرابة مباشرة أو قرابة حواشي . والقرابة المباشرة هي التي تقوم على تسلسل عمودى بين من تجمعهم وحدة الدم أى هي الصلة ما بين الأصول والفروع أما قرابة الحواشي فهي الصلة التي تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر كالقرابة بين الأخ وأخيه وبين الشخص وخاله .

كذلك ينشئ الزواج قرابة بالمصاهرة بين الزوج وأقارب الزوج الآخر وقد نصت على ذلك المادة ٣٧ من القانون المدني إذ تجرى على أن : " أقارب أحد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر " . غير أن هذه القرابة لا تربط بين هؤلاء الأقارب وبين أقارب الزوج .

ويستفاد من المادة (١٥) أن النفقة بين الأقارب تخضع لقانون جنسية الشخص المطالب بها . وقد استعمل المشرع عبارة "قانون المدين بها" وهو تعبير معيب ينطوى على مصادرة على المطلوب، إذ يفترض سلفاً أن الشخص مدين بالنفقة فى حين أن قانون جنسيته هو الذى يحدد ما إذا كان يعد مديناً بالنفقة أم لا .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٦٥ .

ويتكفل قانون جنسية الشخص المطالب بالنفقة بتحديد من تجب له النفقة كما يحدد الشخص الملزم بأداء هذه النفقة ومدى الالتزام بالنفقة وسقوط هذا الالتزام^(١).

والمعول عليه ، هو قانون جنسية المطالب بالنفقة وقت نشوء الالتزام وهو وقت قيام الحاجة إليها وغالبا ما يستدل عليه بوقت رفع الدعوى ، ومتى تم تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النحو ، طبقت المحكمة ما تضمنه من أحكام لمعرفة السبيل إلى الفصل فى النزاع ، وتستمر فى ذلك حتى لو غير المدين جنسيته بعد رفع الدعوى وقيل صدور الحكم^(٢).

وظاهر أن المادة (١٥) لم تذكر الالتزام بالنفقة للأصهار ، ولأبأس من إخضاعها لقانون المطالب بالنفقة قياسا على الالتزام بالنفقة للأقارب . وقد ورد ذكر نفقة الأصهار فى المادة ٩١٩ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات الصادر فى سنة ١٩٤٩ (الملغى) والتي تقضى بأن : تختص محكمة المواد الجزئية بنظر دعاوى نفقة الأقارب والأصهار ونفقة الصغير ونفقة أحد الزوجين على الآخر^(٣).

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض الوسيط فى تنازع القوانين ١٩٨٤

ص ٣٣٠ ومابعدهما - جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٢٠ .

(٢) المستشار الدكتور محمد شتا ص ١٩٧ .

(٣) عز الدين عبد الله ص ٣٢٧ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ٣٠١ من القانون المدني الفرنسى التى تجيز الحكم لصالح الزوج الذى يحصل على الطلاق بنفقة لاتجاوز ثلث إيراد الزوج الآخر لاتتطبق إلا فى حالة ما إذا قضى لأحد الزوجين بالطلاق لخطأ الطرف الآخر وكان قد طلب الحكم له بالنفقة على خصمه . وإن فمتى كان الحكم المطعون فيه لم يقض بالطلاق بل قضى بالانفصال الجسمانى لخطأ مشترك بين الزوجين وكانت الطاعة لم تطلب النفقة استنادا إلى المادة ٣٠١ منى فرنسى وإنما قضى الحكم الابتدائى لها ولأولادها بالنفقة استنادا إلى المادتين ٢٠٣ ، ٢١٢ من القانون المذكور لحاجتها إليها هى وأولادها ولا استمرار بقاء الرابطة الزوجية التى لم تنفصم بالحكم الصادر بالفرقة البدنية ، فإن الحكم المطعون فيه إذ عدل المبلغ المقضى به من محكمة أول درجة بما لايزيد على ثلث إيراد المطعون عليه استنادا إلى المادة ٣٠١ من القانون المدني الفرنسى يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون المذكور " .

(طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١/١٤)

١٥١- النفقة الوقتية :

النفقة الوقتية للأقارب والأصهار تخضع للقانون المصرى ، باعتبارها من الإجراءات الوقتية وعلى أساس تطعنها بذاتها بالأمن

المدنى أيضا . فقد نصت للمادة ٣٤ من قانون المرافعات على أن :
" تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقفية أو التحفظية
التي تنفذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية".
وقد جرى القضاء الفرنسى على اختصاصه بفرض هذه النفقة
على أساس أن تنبير النفقة الضرورية للعاجلة لإنسان موجود على
أرض الدولة أمر متعلق بالسلام العام فيها .
ويختص القضاء فى مصر بفرض نفقة وقتية ولو كان غير
مختص بالدعوى الأصلية ^(١).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الملغى تعليقا
على المادة ٨٦٣ : " كذلك يلجأ إليها (أى إلى المحاكم المصرية)
فى السنفقة الوقفية المطلوبة بصفة مستعجلة متى كان للزوج أو
لل قريب المزم بها مال يصح التنفيذ عليه فى مصر " .

كما جاء بالمذكرة الإيضاحية لققانون المرافعات الجديد تعليقا
على المادة ٣٤ سالفه الذكر " وقد أريد بهذا النص أن يشمل
الأحوال العينية والأحوال الشخصية على خلاف المادة ٨٦٣ التى
جاء حكمها مقصورا على الحالة الثانية دون الأولى " .

(١) عز الدين عبد الله ص ٣٢٧ وما بعدها - جابر جاد عبد الرحمن
ص ٤٢ وما بعدها .

١٥٢. مطالبة الإبن بنفقة من أبيه :

يراعى فى دعوى مطالبة الإبن بنفقة من أبيه وجوب التحقق قبل نظر الدعوى مما إذا كانت هذه الدعوى قائمة على حق النفقة الشرعية ، أم أنها تستر وراءها دعوى إثبات النسب ، لأنه فى الحالة الأولى يسرى قانون المدين بالنفقة (م ١٥) ، وفى الحالة الثانية يطبق قانون طالب النفقة ، إذا كان الإبن ابنا غير شرعى ، وذلك وفقا لقواعد القانون الدولى الخاص- وإذ رفع شخص دعوى إثبات نسبه من أبيه على أساس المادة ٣٢٥ من القانون المدنى الإيطالى فإن هذه الدعوى لا تتضمن إثبات نسب وإنما تتضمن إثباتا للحالة المدنية للمدعى فلا يسرى فى هذه الحالة قانون الأب ، وإنما يسرى قانون جنسية الإبن عند اختلاف الجنسية بين المدعى والمدعى عليه ، وإذ كيفنا التزام الأب بسد حاجة ابنه الطبيعى إلى أن يبلغ سن السادسة عشرة وفقا للمادة ١٨٠٧ مدنى ألمانى ، بأنه للالتزام غير تعاقدى ، فإنه يسرى عليه قانون الميلاد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام ، وخرج بذلك عن الأحوال الشخصية . ولكن إذا وصف هذا الالتزام بأنه نفقة دخل ضمن مشتملات الأحوال الشخصية وطبق فى شأنه قانون المدين بالنفقة . وفى الواقع أن

عملية التكيف التي يقوم بها القاضى المصرى تؤدى إلى اعتبار
هذا الالتزام نفقة ، لأن أساسه القانونى قائم على النفقة ولو أن
القانون الألمانى لم يعبر عن ذلك ^(١).

(١) للمستشار محمد شتا ص ١٩٨ .

مادة (١٦)

يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قتلون الشخص الذى تجب حمايته .

الشرح

١٥٣- المقصود بالمسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين :

المقصود بالولاية فى هذا النص هى الولاية على المال. فهذا النوع من الولاية هو الذى يخضع لقانون جنسية الواجب حمايته. أما الولاية على النفس فهى تعد من آثار النسب أو من آثار الزواج، وهى فى كلا الحالتين تخضع لقانون جنسية الأب .

والمقصود بالمسائل الموضوعية الخاصة بالنظم المقررة لحماية غير كاملى الأهلية التى يتناولها النص ، طببعة نظام الحماية الذى يجب أن يشمل به غير كامل الأهلية . وهل هو نظام الولاية الشرعية أم للوصاية أم القوامة أم غير ذلك من النظم .

وكذلك بيان من تثبت له الولاية ومن يصلح لأن يكون وصيا أو قيما أو وكىلا عن الغائب ، وبيان سلطة النواب فى إبرام التصرفات المختلفة نيابة عن المشمول بالحماية . وحكم التصرف الذى يبرمه

مجاوزا لسلطته . كتحديد سلطة الولى الشرعى فى التصرف فى مال الصغير وسلطة الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب فى إبرام التصرفات دون إذن من المحكمة ، كما يبين التصرفات التى يلزم فيها هذا الإذن . وكذلك بيان حقوق من يتولى الحماية وواجباته وما يستحقه من أجر ، وبيان أسباب سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها وعزل الأوصياء والقائمة أو الحد من سلطتهم. وبيان من يعين مشرفا أو نائبا عن الوصى أو القيم ^(١).

غير أن هذا النص لا يشمل ما يأتى :

١- تقدير أسباب امتناع الوصى أو القيم أو المشرف أو الوكيل عن الغائب عن قبول الوصاية أو القوامة أو الإشراف أو الوكالة ، لأن هذه الأمور تتعلق بأهلية الشخص المكلف بالحماية وصلاحيته للقيام بمهمته .

وكانت المادة ١٠٠٢ من قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ الواردة فى الكتاب الرابع (الملغى) تنص على ذلك بقولها : " ويرجع فى تقدير أسباب الامتناع عن قبول الوصاية أو الإشراف أو القوامة إلى قانون بلد الموصى أو القيم أو المشرف " ، ذلك أنه من غير المستساغ أن يكلف شخص بالولاية على مال الغير خلافا لأحكام قانونه .

(١) سامية راشد وفولاد عبد المنعم رياض ص ٣٤٥ .

٢- المسائل الإجرائية البحث : كذلك التي تتعلق بكيفية إقامة النائب عن عديم الأهلية وعزله وكيفية سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها . وكيفية تقديم الحساب والفصل فيه وغير ذلك ^(١).

٣- الحقوق العينية :

تطبيق قانون جنسية عديم الأهلية لا يخل باختصاص قانون موقع المال فيما يتعلق بنظام الحقوق العينية . ومن ثم فإذا كان هذا القانون - قانون الجنسية - يقرر للقاصر أو المحجور عليه رهنا قانونيا على عقارات الوصى أو القيم ، وكانت هذه العقارات موجودة في مصر ، فلا محل للتمسك بهذا الرهن لأن القانون المصري، قانون موقع العقار لا يعرف هذا النظام .

٤- حالة اصطدام قانون الجنسية بقواعد النظام العام في مصر:

إذا كان قانون جنسية عديم الأهلية يصطدم بقواعد النظام العام في مصر بأن كان يتجافى في مضمونه مع هذه القواعد أو كان لا ينظم وسيلة لحماية عديم الأهلية على الإطلاق . فإنه يجب إعمال القانون المصري وحده .

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٣٨ .

٥- إذا كان القانون الأجنبى لا يمكن تطبيقه عملا :

إذا تبين أن القانون الأجنبى لا يمكن تطبيقه عملا بأن ينص مثلا على اختصاص سلطة إدارية معينة- غير موجودة فى مصر- بالنظر فى أمر الحجر على المجنون أو المعتوه فإن القانون المصرى هو الذى يطبق ، ويطبق القانون الأخير أيضا إذا كان تطبيق القانون الأجنبى يتطلب الرجوع إلى بعض الأنظمة الأجنبية مما يستغرق بعض الوقت أو كان التحقق من هذا القانون يتطلب وقتا قد يطول ، الأمر الذى قد لا يمتشى مع ضرورة الاستعجال للمحافظة على مصالح عديم الأهلية .

٦- حالات البوليس والأمن :

ينطبق القانون المصرى باعتباره من قوانين البوليس والأمن، بحيث يصبح للسلطات المصرية المختصة أن تقوم بإيداع الأجنبى الذى أصيب بلوثة أو جنون فى إحدى المصحات وفق أحكام القانون المصرى ؛ كما تتولى النيابة العامة والمحاكم فى مصر اتخاذ بعض الإجراءات التحفظية الوقائية على عديمى الأهلية (١).

(١) عز الدين عبد الله ص ٤٣٩ وما بعدها - سامية راشد وفؤاد عبد المنعم

رياض ص ٣٤٥ وما بعدها .

١٥٤- سريان قانون الشخص الذى تجب حمايته على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها :

تنص المادة على أن تسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذى تجب حمايته .

فقد أخذ المشرع فى هذه المسائل بقانون الشخص الواجب حمايته مفضلا إياه على قانون الشخص الذى يتولى الحماية . ذلك أن هذه النظم إنما تقررت لحماية غير كاملى الأهلية وسد عجزهم عن مباشرة التصرفات القانونية . ومن ثم فهى تخضع لقانون جنسيتهم باعتبارهم القانون الذى يحكم أهليتهم .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أبقى المشروع فى المادة ٣٦ على الأحكام المقررة فى الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائى مع تعميم فى التعبير حتى تصبح هذه الأحكام شاملة لجميع النظم الموضوعية لحماية عديمى الأهلية والمفقودين دون أن يقتصر على الوصاية والقوامة والإذن بالإدارة (أنظر فى هذا المعنى للمادة ١١ من التقنين الإيطالى الجديد) . وقد أسند الاختصاص التشريعى فيما

يتعلق بهذه النظم إلى قانون عديم الأهلية أو المحجور بوجه عام
لأنه أخلق القوانين بتوفير أسباب الحماية له " (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٦٨ وما بعدها .

مادة (١٧)

١- يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قتلون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته .

٢- ومع ذلك يسرى على شكل الوصية قتلون الموصى وقت الإيصاء أو قتلون البلد الذى تمت فيه وكذلك الحكم فى شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .

الشرح

١٥٥. القانون الذى يحكم المواريث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت :

تعتبر المواريث والوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، بالرغم من صبغتها المالية الظاهرة ، من مواد الأحوال الشخصية فى مصر، وقد نص على اعتبارها كذلك صراحة فى المادة ١٣ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ إذ ذكرت من بين ما ذكرت من هذه المواد " ... للمنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت " .

وقد سار المشرع المصرى فى هذا التكييف على غرار بعض التشريعات الأجنبية ، كالقانون الألمانى والبولونى والإيطالى

واليوناني ، وعلى منوال اتفاقية لاهاي سنة ١٩٢٨ ، إذ قضت هذه جميعها باعتبار المواريث وما تعلق بها من وصايا وهبات من مواد الأحوال الشخصية على اعتبار أنها مرتبطة بالعائلة وتقوم على اعتبارات عائلية كما أن القوانين التي تحكمها إنما تهدف في نظرها إلى تنظيم علاقات الورثة فيما بينهم كما ترمى إلى حماية هؤلاء من تبرعات المورث (١).

أما بالنسبة للهبة فقد نصت المادة (٢٢٨) من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة الصادرة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٧ على " المسائل المتعلقة بالهبات " ضمن مسائل الأحوال الشخصية. ولما صدر قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ نص في المادة (١٤) منه على أن : " تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذ كان قانونهم يعتبرها كذلك " ولم يرد نص مماثل لهذا النص في قانون السلطة القضائية الحالي رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ، كما أغفل هذا القانون تحديد مسائل الأحوال الشخصية.

ولا شبهة الآن في اعتبار المواريث من مسائل الأحوال الشخصية بعد أن نص التقنين المدني في المادة ٨٧٥ على أن تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٤٩ .

تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها ، وبعد صدور قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

كما أنه لاثبته الآن فى أن الهبة فى مصر ليست من مسائل الأحوال الشخصية بعد أن نظمها التقنين المبنى فى الباب الأول من الكتاب الثانى الخاص بالعقود التى تقع على الملكية باعتبارها عقد مسمى فى المواد (٤٨٦ - ٥٠٤) وتخضع بالتالى لقواعد الإسناد التى تخضع لها سائر العقود ومن ثم تعين الرجوع فى شأنها إلى قواعد الإسناد المنصوص عليها بالمادتين ١٩ ، ٢٠ من التقنين المبنى فتخرج بذلك عن نطاق الأحوال الشخصية وتدخل فى نطاق الأحوال العينية كغيرها من العقود^(١).

وقد أخضعت المادة للميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت للقانون الشخصى وهو قانون الجنسية بالنسبة للأجانب والمصريين . ولاصعوبة فى تطبيق هذا القانون متى اتحدت جنسية أطراف العلاقة : المورث والورثة ، والوصى والموصى له .

ولكن الصعوبة نظراً عند اختلاف هذه الجنسية ، وهذا ما سنعرض له فى البنود التالية .

(١) المستشار نور طلبه ص ٤٢١ .

١٥٦- أولاً : الموارِيث :

العبرة بالنسبة للموارِيث بقانون جنسية المورث ولا محل للأخذ بقانون جنسية الورثة ، فقد يتعددون وتتعدد جنسياتهم ، فتتعدد القوانين الواجبة التطبيق ، فضلاً عن أن أموال التركة تعود جميعها للمتوفى . وإذا كان للمورث جنسية معينة قبل الوفاة وجنسية أخرى عند الموت ، فمن المتفق عليه أن العبرة بجنسيته وقت الموت لأن حق الورثة في التركة لا ينفذ إلا من هذه اللحظة. وقد نصت المادة على ذلك صراحة بقولها : " يسرى على ... قانون المورث أو الموصى له أو من صدر منه التصرف وقت موته " .

ومن ثم يخضع الأجانب للأحكام الواردة في قانون جنسياتهم ، كما يخضع المصريون ، بصرف النظر عن ديانتهم إلى القانون المصرى . والقانون المصرى هنا هو كما نصت للفقرة الأولى من المادة ١/٨٧٥ من القانون المدنى الشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة منها (أى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣) إذ نقول : "تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها " .

ويسرى قانون جنسية المورث وقت الموت أيا كانت طبيعة الأموال موضوع التركة ، منقولة أم عقارية ، وأيا كان البلد الذى توجد فيه هذه الأموال^(١) مع وجود بعض الاستثناءات كما سنرى.

١٥٧- مجال تطبيق قانون جنسية المتوفى :

ذكرنا أن المادة أخذت بقاعدة إخضاع الميراث ، فى العقار والمنقول لقانون جنسية المتوفى وقت الموت .

ويدخل فى مجال إعمال قانون جنسية المتوفى بوصفه القانون الذى يحكم الميراث ، المسائل الآتية :

أولاً : شروط استحقاق الإرث : وهى تدور جميعها حول التحقق من موت المورث وحياة الوارث . ومن ذلك على سبيل المثال حكم الموت الاعتبارى الذى يخص المفقود ومتى يعتبر فى حكم الميت . وبالنسبة للوارث حكم الحمل المستكن وهل يعتبر وارثاً أم لا . وهل يكفى أن يولد الجنين حياً أو قابلاً للحياة أم يلزم استمرار حياته فترة معينة . وهل يجوز توريث المفقود وإلى متى يعتبر حياً . ومثال ذلك أيضاً حالة وفاة المورث والوارث وعدم التأكد من معرفة أيهما توفى قبل الآخر ، وحكم هذه الحالة .

وكذلك بيان ما إذا كان هناك من يستحق وصية واجبة من عمنه^(٢).

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٥٠ ومليدها .

(٢) هشام على صادق ص ٣١٥ - عز الدين عبد الله ص ٣٣٥.

ويراعى أن الموت الحكى كما هى الحال بالنسبة للحكم بموت المفقود فى القانون المصرى ، يخضع لقانون جنسية الشخص ، فى البلاد التى تجعل القانون الشخصى هو قانون الجنسية ، باعتباره من مسائل الحالة ، إذ تنتهى به الشخصية القانونية . ولا تظهر أهمية تقرير هذه الملاحظة فى القانون المصرى ، حيث تخضع الحالة وكذلك الميراث لقانون الجنسية ، وإنما تظهر أهميتها فى التشريعات التى تخضع الميراث لقانون غير ذلك الذى تخضع له الحالة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت المادة ١٧/١ من القانون المدنى تنص على أنه "يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته " وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المورث يونانى الجنسية ، وكانت المادة ١٤٢٦ من القانون المدنى اليونانى تنص على أنه " فى حال انحلال الزواج تَرد الدوطة إلى الزوجة أو إلى ورثتها وتنتهى كل إدارة لها وانتفاع من الزوج على أموال الدوطة " فإن مفاد ذلك أن الدوطة طبقا للقانون المدنى اليونانى تظل على ملك الزوجة ولا يكون للزوج سوى حق الانتفاع مادامت الحياة الزوجية قائمة ، فإذا انحلت عقدة الزواج بالوفاة تعين رد

الدوطة إلى الزوجة ، مما مؤداه أن الدوطة عند وفاة الزوج لاتعتبر من تركته بل ترد إلى الزوجة التى عاد إليها حق الانتفاع .

(طعن رقم ٣٦٨ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٧١/١١/٢٤)

ثانيا : بيان الورثة ومراتبهم ونصيب كل منهم فى التركة .
ويندرج تحت هذه الفكرة موانع الإرث كالقتل واختلاف الدين والحجب^(١) والرد والعول .

وبديهى أن تحديد الزوجية أو رابطة القرابة التى يترتب عليها الإرث يتم وفقا للقانون المختص حسب قواعد الإسناد فى مسائل الحالة وروابط الأسرة التى تقضى بالرجوع إلى القانون الشخصى .
ثالثا : طبيعة خلافة الوارث للمورث . وهل تعتبر إجبارية كما هو الشأن فى الشريعة الإسلامية أم اختيارية ، بمعنى أنه يحق للوارث قبول التركة أو التنازل عنها . وما هى شروط القبول وآثاره والمدة التى يجوز فيها القبول .

وكذلك بيان ما إذا كان للوارث قبول التركة بشرط الحرد من عدمه ، وميعاد القبول وشروطه وآثاره .

(١) المانع من الإرث هو ما تقوت به أهلية الإرث بعد قيام سببه كالقتل . والممنوع من الإرث لفوات الأهلية يسمى محروما . وأما الحجب فهو منع شخص من ميراثه كله أو بعضه بوجود شخص آخر ، ويسمى الممنوع فى هذه الحالة محجوبا . والفارق بينهما أن المحروم لا يؤثر على غيره من الورثة بخلاف المحجوب فإنه يؤثر على غيره .

رابعاً : بيان مدى اختصاصات منفذ الوصية أو مدير التركة إذا كان قانون جنسية المتوفى يجيز له التصرف فى تركته بطريق الوصية مع تعيين منفذ لها أو تنصيب مدير للتركة بواسطة القاضى عند عدم وجود المنفذ للوصية (١).

خامساً : بيان الحقوق والالتزامات التى تنتقل إلى الورثة وكيفية هذا الانتقال ووقته . فمن المعلوم أن الشرائع تختلف فى هذا الصدد اختلافاً جوهرياً . فالإرث فى الشريعة الإسلامية إجبارياً بمعنى أنه يثبت للورثة بحكم القانون ولا يجوز للوارث رفضه . ويشمل الإرث مجموع الحقوق المالية أما الالتزامات غير المالية فلا تكون محلاً للإرث . وبالتالي لا يجوز التنفيذ على أموال الوارث الشخصية لأداء ديون تتعلق بالتركة ذاتها .

غير أن الإرث فى بعض الشرائع الأجنبية يشمل جميع الحقوق والالتزامات التى كانت فى ذمة المورث وبالتالي فإن دين التركة ينتقل إلى السوارث ، وللدائنين حق التنفيذ على أموال الوارث الشخصية حتى ولو لم يكن مصدرها الإرث ، وهذه التشريعات تعتبر الإرث حقاً اختيارياً بمعنى أنه يجوز للوارث رفض الإرث كله أو قبوله بشرط الجرد حتى يتحقق من الالتزامات التى قد تكون على التركة.

(١) عز الدين عبد الله ص ٣٣٧ - سامية راشد وفؤاد رياض ص ٣٤٩.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الأصل المقرر فى الشريعة الفرنسى فى شأن الوارث التى يقبل التركة بغير تحفظ أنه لايسطيع - بمقتضى متابعته لشخصية المورث- أن يطلب استحقاق العين التى تصرف فيها مورثه لو كانت هذه العين مملوكة له بسبب خاص أما إذا قبل الوارث التركة بشرط الجرد كانت شخصيته مستقلة عن شخصية المورث ولايصح أن يواجهه بالتزام المورث عدم التعرض للمشتري إذا ادعى الاستحقاق لعين من الأعيان تصرف فيها مورثه للغير- وقد أخذ المشرع المصرى فى انتقال التركات بما يتقارب فى هذا الخصوص مع ما يقرره القانون الفرنسى بشأن الوارث إذا قبل التركة بشرط الجرد لأنه يعتبر شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث وأن ديون المورث إنما تعلق بتركته لابزمة وراثته، فلا يمكن أن يقال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا ، إلا إذا أصبح الوارث مسؤولا شخصيا عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة - وعلى ذلك فمتى تبين من وقائع الدعوى أن المورث كان قد تصرف فى أطيان له للغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ثم تصرف فى ذات الأطيان بالبيع لأحد أولاده بعقد بيع مسجل فأقام هذا الأخير بعد وفاة البائع دعوى على المتبادل معه يطلب تثبيت ملكيته إلى هذا القدر فقضى برفض

دعواه اتباعا لما هو مقرر فى التشريع الفرنسى فى شأن الوارث الذى يقبل التركة بغير تحفظ فإن الحكم يكون قد خالف القانون .
(طعن رقم ٢٩١ لسنة ٢٣ فى جلسة ١٩٥٧/١٢/٢٦)

١٥٨- قيود واردة على قانون الجنسية :

يسرى قانون جنسية المورث وقت موته بصرف النظر عن البلد الذى توجد به أموال المتوفى . غير أنه كالشأن فى الميراث- يجب ألا يستعارض هذا القانون مع قانون موقع المال ، ذلك أن انتقال المال إلى الوارث تأسيسا على الميراث بوصفه سببا من أسباب نقل الملكية يخضع لقانون موقع هذا المال لأن الانتقال مسألة مالية لا تتصل بنظام الميراث وإنما تتصل بنظام الأموال وحده ، ومفاد ذلك أنه يتعين مراعاة ما نص عليه القانون المصرى باعتباره قانون موقع المال وتقييد قانون الجنسية على نحو ما يتطلبه القانون المصرى . ويتمثل ذلك فيما يأتى :

(أ) شهر حق الإرث :

يدخل فى نطاق أعمال قانون موقع المال بيان وقت تملك الورثة للتركة وحيازة أعيانها وإجراء العلانية الواجب اتباعه فى الميراث باعتباره سببا مكسبا للملكية .

وعلى ذلك فإنه يجب مراعاة حكم المادة ١٣ من قانون الشهر العقارى مادام العقار الموروث فى مصر ولو كان الميراث خاضعا

لقانون أجنبي وهو تقضى بأن : " يجب شهر حق الإرث بتسجيل إسهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من المستندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد للتركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم ، وإلى أن يتم هذا التسجيل لايجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق. ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة تبنى على أساسها تصرفات الورثة". وفى العمل يشهر حق الإرث مع إظهار التصرف الصادر من الوارث .

(ب) بيان مدى تعلق حقوق دائنى المتوفى بأموال التركة ومايترتب على ذلك من أثر فى حقوق الورثة فى التركة :

ذلك أن الأمر هنا لايتعلق بنظام الأشخاص بل بنظام الأموال وسلامة المعاملات . ولذلك فإن قاعدة لاتركة إلا بعد سداد الديون تسرى على تركات الأجانب مادامت أعيان التركة موجودة فى الجمهورية .

وينقيد بها أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق على الميراث فيما يختص بتملك الورثة للتركة وبقيمة تصرفاتهم فى أموالها .

كما أن نظام تصفية التركات - وهو موجه لخدمة هذا القاعدة- يعتبر من الأحوال العينية . ولذلك فهو لا يخضع للقانون الشخصى.

ولكن يجب ألا يفهم من هذا أن نظام تصفية التركات الذى نظمه القانون المدنى ولجب الاتباع بالنسبة لتركات الأجانب فى الجمهورية، إذ أن هذا النظام ليس إجباريا حتى بالنسبة للمواطنين^(١).

١٥٩- تسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال :

يحكم القانون المصرى باعتباره قانون موقع المال ، تسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال وحالة الشيوخ المترتبة على انتقال التركة من المورث إلى الورثة ومدتها . وتسرى فى ذلك أحكام القانون المدنى المصرى الواردة فى المواد (٨٩٩ - ٩١٣) وهى الخاصة بتسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال ، وفى المواد (٨٢٥ - ٨٥٠) الخاصة بأحكام المشاع وانقضاء القسمة بالشيوخ^(٢).

١٦٠- ملكية التركة التى لا وارث لها :

إذا توفى الأجنبى ولم يوجد له وارث ، فإنه لا يرجع إلى قانون جنسيته لبيان كيفية التصرف فى تركته ، إذ تخضع التركة فى هذه الحالة للقانون المصرى باعتباره موقع المال ، فتؤول إلى الخزانة العامة وفقا لنص الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من قانون

(١) عز الدين عبد الله ص ٣٤٣ وما بعدها .

(٢) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٥٩ .

المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وقد عرضنا لذلك تفصيلا في موضعه .

١٦١- عدم خضوع المسائل المالية البحت لقانون الجنسية:

لاتخضع لقانون الجنسية المسائل المالية البحت للتى لا علاقة لها بنظام الميراث ولا تعد من قبيل مواد الأحوال الشخصية، كالمنازعات المتعلقة بوضع اليد على المنقولات والعقارات أو بشأن ملكية أعيان التركة وما إذا كانت مملوكة للمورث أم لا وسواء كانت هذه المنازعات بين الورثة أو بينهم وبين الغير ، والمطالبة ببيع أموال التركة من واصلع اليد سواء أكان وارثا أم غير وارث، وقضايا الإدارة المؤقتة أو الحراسة القضائية وقضايا الحساب بشأن التركة بين الورثة فيما بينهم أو فيما بينهم وبين الدائنين سواء أكانوا من دائنى التركة أو دائنى أحد الورثة^(١).

١٦٢- إجراءات الميراث :

إن القانون للشخصى لاينطبق إلا فيما يختص بالأحكام الموضوعية المتعلقة بنظام الميراث على النحو الذى فصلناه سلفا. وينبنى على ذلك أن قواعد الإجراءات المتعلقة بتحقيق الوراثة وقبول الإرث ورفضه وتثبيت المنفذ أو تعيينه وتعيين مدير التركة

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٥٣ .

تكون من اختصاص للقانون المصرى وحده باعتباره قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات طبقا للمادة ٢٢ من القانون المبنى المصرى .

وقد كان هذا القيد منصوصا عليه صراحة فى المادة ٤٠ من المشروع التمهيدى للتقنين المبنى المصرى إذ كانت تقرر "١- قوانين الأجانب الوطنية الواجبة التطبيق وفقا للمواد السابقة (وهى الخاصة بالمواريث والوصايا والهبات) لا تسرى إلا فى أحكامها الموضوعية ٢- وتسرى على الأجانب قواعد الإجراءات التى تقررها القوانين المصرية فى مواد الأحوال الشخصية على ألا تتعارض هذه القواعد مع حكم موضوعى فى القوانين الوطنية لهؤلاء الأجانب " .

والواقع من الأمر أن هذه المادة لم يكن ثمة لزوم لها ، فالفقرة الأولى تقرر قاعدة عامة مفهومة ضمنا من نص المادة ٥٢ من المشروع التمهيدى الخاصة بالإجراءات والتى أصبحت بعد ذلك المادة ٢٢ من القانون المبنى كما أن الفقرة الثانية هى ترداد لما ورد فى نفس المادة ٥٢ ، ولذلك ما أن تليت على لجنة المراجعة

حتى اقترح الأستاذ السنهورى حذفها " اكتفاء بالنص العام الوارد
فى الإجراءات " فوافقت اللجنة على هذا الحذف (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الأول ص ٢٧٣ وقد جاء فى
المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي عن المادة (٤٠) المحذوفة مايتأتى:
" هذا وقد نصت المادة ٤٠ فى فقرتها الأولى على أن قوانين الأجانب
الواجبة التطبيق وفقا لجميع المواد التى تقدم ذكرها لاتسرى إلا فى
أحكامها الموضوعية وهذه الفقرة تقرر قاعدة من القواعد العامة لأن
للإجراءات أحكاما أخرى نصت عليها المادة ٥٢ من المشروع ولذلك
يحسن أن يكون يقالوها أو حذفها محلا للاستفتاء . أما الفقرة الثانية
فتقتضى بأن قواعد الإجراءات التى تقررها القوانين المصرية فى مواد
الأحوال الشخصية تسرى على الأجانب على ألا تتعارض هذه القواعد
مع حكم موضوعى فى القوانين الوطنية لهؤلاء الأجانب . وقد استمد
المشروع هذه الفقرة لثانية من القسم الثالث من تصريح الحكومة
المصرية الملحق بمعاودة إلغاء الامتيازات وهو نص لا نظير له فى
التشريعات الأجنبية . وإذا كان تعهد مصر بإعداد قانون للإجراءات
يسرى على الأجانب فى مسائل الأحوال الشخصية قد هيا مناسبة لصدر
مثل هذا التصريح فليس ثمة وجه لتركيزه فى نص من نصوص
المشروع. ولذلك يصن أن يكون حذف المادة ٤٠ بأسرها محلا
للاستفتاء (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٧٣ الهامش) .

١٦٣- أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق :

إذا تبين أن القانون الأجنبي الواجب للتطبيق على الميراث يتعارض مع النظام العام في مصر ، فإنه يتعين استبعاده.

ومجرد الاختلاف بين أحكام القانون الأجنبي وأحكام القانون المصري لا يترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي بوصفه مخالفا للنظام العام إذ يجب لإمكان استبعاد القانون الأجنبي أن يصطدم بالأسس التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني . لذلك يتعين النظر في كل حالة يختلف فيها القانون الأجنبي عن القانون الوطني لمعرفة مدى مساسها بالأسس التي تقوم عليها أحكام الميراث في القانون المصري .

ويمكن القول بصفة عامة أنه إذا تضمن القانون الأجنبي أحكاما تعسفية كمنع الإرث بسبب اختلاف اللون أو الجنس وتحديد الورثة بما يخالف الشريعة الإسلامية ، بجعل شخص وارث رغم أنه غير وارث أو جعله غير وارث بالرغم من أنه وارث، أو بإجازة الإرث بين المسلمين وغير المسلمين . كان القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام^(١) .

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٥١ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث ، وكونه يستقل بالإرث أو يشركه فيه غيره إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعا ، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام . والتحيل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلانا مطلقا لالتحقة الإجازة ، ويحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى. وتحريم التعامل في التركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة أى إنسان الاتفاق على شئ يمس بحق الإرث عنه ، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعا أو من جهة الزيادة أو النقص من حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف في حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه ، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام " .

(طعن رقم ٢ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٤/٦/١٩٣٤)

٢- إذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يمتلكها إذا ماتت قبله وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هي ماله في حالة وفاته قبلها فإن التكيف الصحيح الواضح لتصرفها هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر، وأنه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية فهو اتفاق باطل .

أما التبرع المحض الذى هو قول الوصية وعمادها فلا وجود له فيه .

ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ، ولكن فى غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون ، بل هو من قبيل الرقبي المحرمة شرعا " .

(طعن رقم ٢ لسنة ٤ ق جلسة ١٤/٦/١٩٣٤)

٣- " وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدنى لاجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للأداب فى مصر ، وإذ كان تطبيق القانون الفرنسى على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث بينما تعتبرهما الشريعة الإسلامية وأحكام قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من أصحاب الفروض والعصبات ، وكانت أحكام المواريث الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام فى مصر إذ هى وثيقة الصلة بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبى عليها بما لايسع القاضى الوطنى معه أن يتخطى عنها ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين - إذ كان ذلك ، وكان الثابت فى الدعوى أن المتوفاة مسلمة وأن الخصوم اللذين يتنازعون تركتها مسلمون ، فإن

الحكم المطعون فيه إذ امتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي على واقعة الدعوى لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٢ ق لحوال شخصية جلسة ١٩٦٤/٥/٢٧)

١٦٤- ثانيا : الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت :

عرف المشرع الوصية في المادة الأولى من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بقوله : " الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت " .

أما التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت فتشمل وفقا للقانون الممنى نوعين من التصرفات .

النوع الأول : هو تلك التصرفات التي تصدر من المريض مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع إذ تنص المادة ٩١٦ على أنه :

" (١) كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف .

(٢) وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذ لم يكن هذا التاريخ ثابتا.

(٣) وإذ أثبتت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه " .

والحاق هذه التبرعات والتصرفات بالوصايا أمر مفهوم، فالشارع عندما ينظم الوصية إنما يهدف فى حقيقة الأمر إلى حماية الورثة من تصرفات الموصى حيث يلزمه الإبقاء على قدر معين من التركة لاجوز له التصرف فيه بالوصية ، وهذا الهدف لا يمكن تحقيقه بصفة كاملة إلا إذا سرى هذا الحكم على التبرعات والتصرفات التى لا تخرج فى حقيقتها عن التصرف فى التركة . تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت أو بعبارة أخرى عن الوصية^(١) .

النوع الثانى : هو التصرفات التى تصدر لوارث ويحتفظ فيها المورث بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها مدى الحياة . إذ تنص المادة ٩١٧ مدنى على أنه : " إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك " .

(١) جابر جاد عبد الرحمن من ٤٦٣ .

ولما كانت الوصايا والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت وثيقة الصلة بنظام الإرث فقد حرص المشرع المصرى على إخضاعها من حيث الشروط الموضوعية إلى نفس قاعدة الإسناد التى يخضع لها الإرث أى أخضعها لقانون جنسية المورث وقت الوفاة . كذلك فإنه لم يخضعها من حيث الشروط الشكلية لقاعدة الإسناد التى تحكم أشكال التصرفات القانونية عامة وإنما أخضعها إلى قاعدة إسناد خاصة تتلائم مع طبيعتها .

وبعبارة أخرى فإن الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تخرج من مجال أعمال قواعد الإسناد الخاصة بالتصرفات القانونية سواء من حيث الموضوع أو من حيث الشكل وتخضع لقواعد خاصة نظرا لارتباطها الوثيق بنظام الإرث .

وعلى ذلك فإذا ما عرض على القاضى الوطنى نزاع يتعلق بتصرف قانونى فإنه يتعين عليه أن يحدد أولا ما إذا كان هذا التصرف يعد تصرفا عاديا أم أنه يعد من الوصايا أو التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت . ويعد هذا التحديد مسألة تكييف تخضع للقانون المصرى باعتباره قانون القاضى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان النزاع غير قائم حول صحة التصرف باعتباره وصية، وإنما كان قائما حول تصرف نية المتصرف هل هي البيع أو الهبة أو الوصية ، فلا شأن لجهة الأحوال الشخصية به، بل الشأن فيه لجهة القضاء العادى . فإذا كان من المسلم أن العقد موضوع الدعوى صدر من المورث لصالح المتمسك به ولكن قام النزاع حول وصف هذا العقد قانونا ، فاستعرضت المحكمة الأوصاف التى يصح انطباقها عليه ، ثم استخلصت من ظروف الدعوى وألمتها أنه وصية ، فإنها لا تكون قد خرجت فى ذلك عن حدود اختصاصها " .

(طعن رقم ٢٦ لسنة ١٤ قى جلسة ١٩٤٤/١١/٩)

١٦٥- قاعدة الإسناد الخاص بالشروط الموضوعية :

رأينا أن المادة تنص على أن : " يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته " .

ويتضح من هذا النص أن المشرع أخضع الشروط الموضوعية للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت لذات القانون الذى تخضع له الشروط الموضوعية للإرث وذلك نظرا للصلة الوثيقة التى تربط بينهما . وبعبارة أخرى تخضع الوصية وسائر

للتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت من حيث الشروط الموضوعية إلى قانون جنسية المورث وقت الوفاة .

وكانت المادة (٣٨) من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المقابلة للمادة (١٧) تنص فى فقرتها الثانية على أن : " أما الوصية والإيصاء المتبادل وعقود التوريث فيسرى عليها قانون الموصى وقت عمل الوصية " وعند عرض المشروع فى لجنة المراجعة اقترح الدكتور السنهورى تحويل النص بجعله قانون الموصى وقت موته لا وقت عمل الوصية ، وقد وافقت اللجنة على ذلك . كما وافق عليه مجلس الشيوخ بعد تعديل طفيف فى الصياغة .

وعلى ذلك أصبح يحكم الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته .

وهكذا يخضع الأجانب فى وصاياهم لقانون بلدهم ويخضع المصريون لقانون جنسيتهم وهو هنا أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، وذلك عملا بالمادة ٩١٥ مدنى التى تجرى على أن : " تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها " .

ويسرى هذا القانون ، سواء أكان الموصى به منقولا أو عقارا ، وبصرف النظر عن البلد الموجود فيه هذا العقار أو ذاك المنقول .

لكن يلاحظ مع ذلك أن تطبيق هذا القانون مقيد بقيود خاصة تكاد تتطابق مع تلك التي أوردناها بالنسبة للقانون الذي يحكم الموارث على النحو الذى سنراه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الوصية بطبيعتها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فلا يكون لها وجود قانونى إلا بعد حصول الوفاة وموت الموصى مصرا عليها ، وتكون محكومة بالقانون السارى وقت الوفاة لا وقت تحرير الوصية . وإذن فمتى كان المورث قد توفى فى وقت سريان قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ تعين خضوع وصيته لحكم هذا القانون " .

(طعن رقم ٢١٣ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٢/٢٣)

٢- " أموال الشخص تؤول لغيره بوفاته بأحد طريقين ، الميراث أو الوصية ، وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة قد استخلصت من المستندات المقدمة إليها وفى حدود سلطتها الموضوعية أن ملكية العقارات الكائنة بمصر قد انتقلت إلى الطاعنين بوفاة والدتهم بطريق الوصية الصادرة منها لا الميراث . وكان القانون الإنجليزى الذى يسرى على واقعة النزاع باعتباره قانون والدة الطاعنين التى صدرت منها الوصية ، وذلك عملا بقاعدة الإسناد الواردة بالمادة ١٧ من القانون للمنى المصرى

والذى يبيح حرية الإيصاء ، فإن النعى على الحكم للمطعون فيه بمخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٩ فى جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١)

٣- (أ) - " لشروط الموضوعية للوصية موضوع للنزاع سواء ما تعلق منها بحق الإيصاء أو القدر الذى تنفذ فيه الوصية يخضع للقانون اليونانى وهو قانون الموصى وقت موته ، ولما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الاستناد إلى قانون أجنبى ، واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها ، وإذا كان الطاعنون لم يقدموا ما يفيد أن نصا فى القانون اليونانى يرتب البطلان على انعدام وجود الموصى له عند الإيصاء ، فليس يجدى فى هذا المقام التحدى ببطلان للوصية استنادا إلى حكم قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ " .

(ب) - " طبقا للمادة ٥٥ من القانون المدنى-الملغى- الذى تمت الوصية فى ظله تسرى على الوصية أحكام قانون بلد الموصى وقت وفاته . وإذا كان للثابت أن الموصى يونانى الجنسية ، وقد حررت الوصية فى ٢١ من أبريل سنة ١٩٣٦ وأشهرت عقب وفاته أمام المحكمة القنصلية اليونانية بالزقازيق بتاريخ ١٢ من أغسطس ١٩٣٧ فإنه يطبق فى شأنها القانون الذى تشير به قواعد

الإسناد وهو القانون المدني اليوناني دون لقانون المدني المصري أو الشريعة الإسلامية " .

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٢/٢/١٩٧٥)
(ج) - " النص في المادتين ٢٠٢٠، ٢٠٢١ من القانون المدني اليوناني ، يدل على أن مهمة منفذ الوصية في الأصل مقيدة بتنفيذ أحكام الوصية ومحددة بأعمال الإدارة ولايباح له التصرف عند الضرورة الملجئة إلا بموافقة الوارث، فإن لم يكن هناك وارث أصلا أو تعذر إيداء رأيه لسبب أو لآخر ، فلا مناص من الحصول على إذن بذلك من محكمة التركة ، وإذ نهج المطعون فيه هذا المنهج ، فإنه يكون قد التزم التفسير السليم لنصوص القانون المدني اليوناني آنفة الإشارة " .

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٢/٢/١٩٧٥)

١٦٦- المقصود بالشروط الموضوعية للوصية :

تطبيق النص قاصر على الأحكام الموضوعية الخاصة بالوصية. وهذه الأحكام تشمل : مدى حرية الموصى في الإيصاء سواء من حيث القدر الجائز الإيصاء به أو من حيث الأشخاص الذين يجوز الإيصاء لهم . فمن التشريعات ما يسمح للموصى بحرية مطلقة في الإيصاء بأي قدر من ماله سواء وجد ورثة أم لا . ومن التشريعات ما يقيد حرية الموصى في هذا الشأن على الأقل إذا وجد ورثة من درجة معينة . كما تتجه بعض التشريعات إلى منع

الموصى من الإيصاء لأشخاص معينة كالوصية للطبيب المعالج فى مرض الموت ، أو لرجل الدين ، أو للوارث .
وكنذك تشمل جزاء المنع المقرر على الإيصاء فى الأحوال السابقة وكافة الآثار التى تترتب على الوصية ^(١).

١٦٧- هل تخضع الأهلية لقانون الجنسية ؟

ذهب رأى إلى أن أهلية الموصى للإيصاء وأهلية الموصى له بالقبول تخضع لقانون الجنسية عملاً بالمادة (١٧) منى . فهذا القانون هو الذى يقرر ما إذا كان الموصى أهلاً للإيصاء وقت إنشاء الوصية أم لا ، وهذا الحكم يخالف ما ورد فى المادة ١/١١ منى والذى يقرر بأن العبرة بقانون الجنسية وقت التصرف، ولكن يؤكد هذه المخالفة أن نص المادة ١/١٧ من القانون المنى جاء عاماً ولو أراد المشرع استثناء الأهلية لاستثنائها فى الفقرة الثانية من هذه المادة مع استثناء للشكل ، فضلاً عن أن الحل الوارد فى المادة ٣٨ من المشروع التمهيدى كان متمشياً مع نص المادة ١/١١ بخصوص الأهلية ولكن عدل عن ذلك صراحة بعد مرور المشروع من لجنة المراجعة ^(٢) .

(١) هشام صادق ص ٣١٩ - المستشار أنور طلبه ص ٤٢٨ .

(٢) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٦٦ - المستشار أنور طلبه ص ٤٢٨ -

المستشار الدكتور محمد شتا ص ٢٠٤ .

بينما يذهب رأى آخر إلى أن أهلية الموصى تخضع للقواعد العامة فى الإسناد الخاصة بالأهلية لقانون جنسية الموصى وقت عمل الوصية عملا بالمادة ١١ مدنى ، كما أن للقواعد الموضوعية فى مختلف القوانين تستلزم لصحة الوصية أن يكون الموصى أهلا وقت عمل الوصية باعتبارها عملا إراديا يلزم لصحته كمال الأهلية وقت صدور الإرادة والواجب أن تتجاوب قاعدة الإسناد مع هذه القوانين فتبين القانون الواجب التطبيق على أهلية الموصى وقت عمل الوصية ، وهو بعينه القانون الواجب التطبيق على الأهلية لمباشرة التصرفات الإرادية على وجه العموم ^(١).

ويذهب رأى ثالث إلى أن أهلية الموصى للإيصاء تخضع لكل من قانون جنسية الموصى وقت الإيصاء وقانون جنسيته وقت الوفاة. وأساس الاعتداد بقانون جنسية الموصى وقت عمل الوصية فى شأن أهلية الإيصاء هو أن الوصية تصرف قانونى ، أى عمل إرادى يلزم لصحتها كمال الأهلية وقت صدور الإرادة .

ومع ذلك فإن الوصية ورغم كونها تصرفا قانونيا ، إلا أنها تصرف غير لازم يجوز الرجوع فيها ما بقى الوصى حيا .

وبهذه المثابة فإن شروطها الموضوعية لا تتحدد نهائيا إلا عند

وفاة الموصى.

(١) عز الدين عبد الله ص ٣٥٥ وما بعدها .

ومن هنا يتعين أن يعتد أيضا بقانون جنسية الموصى وقت الوفاة عند تقدير مدى أهلية الموصى للإيصاء .
أما بالنسبة لمعيوب إرادة الموصى فتخضع لقانون جنسية الموصى وقت إبرام الوصية. ذلك أن عيوب الإرادة يجب النظر إليها عند عمل الوصية لأنه الوقت الذي قد تصدر فيه الإرادة معيبة^(١).

ويذهب رأى رابع إلى وجوب التفرقة بصدد الأهلية بين الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .
فيما يتعلق بالوصية تخضع أهلية الإيصاء فيها وعيوب الرضا إلى قانون جنسية الموصى وقت الوفاة . ذلك أن الوصية تصرف إرادى لا ينشأ من الناحية القانونية إلا بعد الوفاة . وبعبارة أخرى لا يترتب على التعبير الإرادى بالوصية أى حقوق أو التزامات إلا لحظة الوفاة . وبالتالي يتعين إخضاعها للقانون الذى تنشأ هذه الالتزامات والحقوق فى ظله أى قانون جنسية الموصى وقت الوفاة.

أما فيما يتعلق بسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت فإنه يتعين إخضاع أهلية للتصرف وعيوب الرضا إلى قانون من صدر منه للتصرف وقت التصرف ذلك أن هذه التصرفات تنشأ وترتب

(١) هشام صادق ص ٣٢٠ وما بعدها .

عليها آثار قانونية بمجرد إبرامها فيما بين المتصرف والمتصرف إليه وبالتالي يتعين خضوع الأهلية وعيوب الرضا لقانون المتصرف وقت التصرف^(١).

١٦٨- التقيد بأحكام القانون المصرى باعتباره قانون موقع المال :

القاعدة التى ذكرناها سلفا وهى تطبيق قانون جنسية الموصى وقت موته على الشروط الموضوعية للوصية ، تتقيد بالقانون المصرى باعتباره قانون موقع المال .

ويترتب على ذلك وجوب اتباع الأحكام الآتية :
(أ) شهر الوصية :

يجب إعمال نص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى فى مصر باعتباره نصا إقليميا حيث يقضى بتعليق نقل ملكية العقار الكائن فى مصر والموصى به على التسجيل إذ يقضى بأن "جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة لغيرهم " .

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٦١ .

(ب) بيان مدى تعلق حقوق دائني المتوفى بأموال للتركة وما يترتب على ذلك من أثر في حقوق الورثة في التركة :
(راجع بند ١٥٨/ب) .

(ج) تسليم أموال الوصية وقسمة هذه الأموال :
(راجع بند ١٥٩) .

١٦٩- أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق :

تطبيق قانون الجنسية على الوصية أو التصرف المضاف إلى ما بعد الموت مقيد بعدم تعارضه مع قواعد النظام العام في مصر، فإذا تجاوزت أحكامه الموضوعية بشأن الوصية مع هذه القواعد فإنه يجب استبعادها . ومن ثم تعتبر الوصية الواجبة متعلقة بالنظام العام ويجب أن يقضى بها في مصر ولو كان قانون جنسية المتوفى لا يقضى بها . فقد جاء في المادة ٧٦ من قانون الوصية : " إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا في تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر ، قدر ما يجب له وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله " كذلك يعتبر المنع الوارد في المادة ١٧ من القانون المذكور متعلقا بالنظام العام بحيث

يجب العمل به ولو كان غير موجود في قانون جنسية الموصى وقت الوفاة ، فقد جاء في هذه المادة " يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى أو المورث عمدا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أم شريكا أم كان شاهد زور أنت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى وتنفيذه وذلك إذ كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلا بالغاً من العمر خمسة عشر سنة، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي " (١).

ولم تعتبر محكمة النقض ما يقضى به القانون اللبناني من إجازة الوصية بأكثر من الثلث بالنسبة لغير المسلمين مخالفا للنظام العام. إذ قضت بتاريخ ١٩٦٧/٧/٢٦ في الطعن رقم ٨ لسنة ٣٥ ق "أحوال شخصية" بأن :

" وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للأداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة ، ولا يدخل في هذا النطاق اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد المقدار الذي تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين " .

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٦٨ - عز الدين عبد الله ص ٣٦٠.

وواضح من هذا الحكم أن طرفي الوصية لبنانيان مسيحيان ،
ولذلك ذهب الحكم إلى أنه : " ولا يخل في هذا النطاق اختلاف
أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد المقدار
الذي تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين " . ومن ثم فإنه أخذاً
بمفهوم المخالفة إذ تعلق الأمر بالمسلمين لتعين استبعاد القانون
الأجنبي الذي يقرر أحكاماً تتعارض مع الشريعة الإسلامية بالنسبة
للقدر الجائز الإيصاء به ، وعلى هذا النحو يعد الحكم السالف
امتداداً لحكم محكمة النقض الصادر في الطعن رقم ١٧ لسنة ٣٢ ق
"أحوال شخصية" بتاريخ ١٩٦٤/٥/٢٧ في شأن الميراث ، وهي
بذلك تؤكد على رب أحكامها في شأن الوصية والميراث بالقضاء
المستقر في مجال الزواج ونظام الأسرة ، والذي جرى على استبعاد
تطبيق قانون الجنسية عند مخالفة أحكامه لمبادئ الشريعة الإسلامية
في جميع الفروض التي يتعلق فيها الأمر بالمسلمين ^(١).

١٧٠- قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية للوصية :

ننص الفقرة الثانية من المادة ١٧ على أن : " ومع ذلك يسرى
على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد
الذي تمت فيه الوصية ، وكذلك الحكم في شكل التصرفات المضافة
إلى ما بعد الموت " . والمقصود بالشكل هو إظهار الإرادة إلى

(١) هشام صادق من ٣٢٥ وما بعدها .

العالم الخارجى . فلما كانت قاعدة الإسناد الخاصة بشكل الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، تختلف عن قاعدة الإسناد الخاصة بموضوع هذه التصرفات فإنه يتعين على القاضى الوطنى إذا ما عرض عليه نزاع يتعلق بالوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت أن يحدد أولا ما إذا كان النزاع يتعلق بالشكل أم بالموضوع . ويعتبر ذلك من مسائل التكيف وبالتالى يخضع للقانون المصرى باعتباره قانون القاضى .

ولكى تكون الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت صحيحة من الناحية الشكلية يجب إما أن يراعى الشكل الذى نص عليه قانون جنسية الموصى (أو المتصرف) وقت الإيصاء (أو وقت التصرف) أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية (أو التصرف) .

والواقع أن تقرير خضوع الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت من الناحية الشكلية لقانون محل الإبرام فيه تيسير على المتصرف ، إذ أنه من السهل عليه معرفة الشكل الذى يقرره قانون الدولة التى يراد إبرام التصرف فيها . هذا فضلا عن أن خضوع شكل التصرف لقانون محل الإبرام يعد من القواعد التقليدية التى استقر عليها العمل منذ المدرسة الإيطالية القديمة^(١).

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٥٨ .

فإذا غير الموصى جنسيته بعد الإيصاء ، فإنه لا يعتد فيما يتعلق بالشروط الشكلية بقانون الجنسية الجديدة ، وإنما يتعين توافر الشروط الشكلية التى نص عليها قانون الجنسية القديمة باعتباره القانون الذى تم فى ظله التعبير عن الإرادة .

فال يونانى المقيم فى مصر مثلا ، يستطيع أن يوصى بأمواله الموجودة فى مصر وفقا للشكل المقرر فى قانونه وقت الإيصاء ، أو وفقا للشكل المحلى المصرى .

والقانون المصرى لا يستلزم شكلا معينا لإنشاء الوصية ، فيجوز أن تبرم الوصية بالعبرة أو بالكتابة بل يجوز أن تبرم بالإشارة .
إذ تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية على أن : " تتعدد الوصية بالعبرة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزا عنهما ، انعقدت الوصية بإشارته المفهمة " .

وقد جاء بالفقرة الثانية من المادة المذكورة أنه : " ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وأحدى عشرة الأفرنجية ، إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .

وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة
الأفريقية فلا تسمع فيها ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت
أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه،
كذلك تحل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها
مصدقا على توقيع الموصى عليها . وهذا الحكم ليس متعلقا بشكل
الوصية اللازم لوجودها بل متعلق بإثباتها ، بمعنى أن وصية
الأجنبي في جمهورية مصر تنعقد بالعبارة أو بالكتابة أو بالإشارة
المفهومة ، ولكنه إذا ما شاء الحصول على دليل إثبات تسمع به
الدعوى تعين عليه إجراء الوصية في ورقة رسمية أو في ورقة
عرفية يكتبها بخطه ويضع عليها إمضاءه أو بورقة عرفية يصدق
علي توقيعها عليها . والوصية التي تتم في الشكل المحلي في
الجمهورية يتحقق الاحتجاج بها من عدمه في دولة أجنبية حسب ما
تقضى به قواعد الإسناد في هذه الدولة .

وللمصريين أن يحرروا وصاياهم في في الخارج إما في الشكل
المحلي وإما حسب أحكام القانون المصري^(١).

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٣٦٢ - المستشار أنور طلبه ص ٤٣٠.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون المدنى المصرى على أن " يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية ... " يدل على أن قاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف ليست قاعدة إلزامية فى التشريع المصرى بل هى رخصة للموصى ابتغى بها التيسير عليه وترك له الخيرة فيجوز له أن يتخذ الوصية إما فى الشكل المقرر فى قانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته وإما فى الشكل المقرر فى قانون البلد الذى تتم فيه الوصية ولما كان اختيار الموصية لأول الطريقين والتجاؤها إلى قنصل دولتها لتوثيق الوصية ، من شأنه أن يجعل القانون الواجب التطبيق على شكل المحرر هو قانون ذلك القنصل طالما توافرت فيه الشروط اللازمة لذلك الإجراء ، أخذا بقاعدة شكل المحرر يخضع لقانون من أجراه وهى قاعدة تسيير جنبا إلى جنب مع قاعدة شكل المحرر يخضع لقانون بلد إيرامه وبمقتضاه يبرر الخروج على مبدأ الإقليمية فى التوثيق مراعاة لحاجة المعاملات الدولية ، ويلزم الموثق فى هذه الحالة باتباع الشكل الذى يقضى به قانون بلده وكان توثيق الوصية موضوع الدعوى بمعرفة القنصل لايتعارض مع قانون التوثيق ولا مع معاهدة مونترنو وإذ كان الخيار للموصية فى سلوك أحد الطريقين

المشار إليهما لايجعل الالتجاء إلى الشكل القنصلى منطويا على مخالفة للنظام العام ، فإن النعى على الحكم يكون ولا محل له " .
(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/١٢/٤)
(أنظر أيضا طعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/١٧ المنشور في شرح المادة ٢٠)

مادة (١٨)

يسرى على الحيابة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار ويسرى بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.

الشرح

١٧١- قاعدة الإسناد فى مسائل الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى :

رأينا أن المادة تنص على خضوع الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى لقانون الموقع بالنسبة للعقار .
كما تنص المادة فى عجزها على أنه يسرى بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى .
وعلى هذا نفرق فى دراستنا هنا بين العقار والمنقول .

أولا : العقار

١٧٢. نطاق تطبيق قانون الموقع بالنسبة للعقار :

رأينا أنه يجرى على الحيابة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار .

ويحدد نطاق تطبيق قانون الموقع بالنسبة للعقار فى المسائل الآتية :

١- بيان ما يصح من الأشياء أن يكون محلا للحقوق المالية، وبيان ما يعتبر من الأشياء منقولا وما يعتبر عقارا ، لأن تقسيم الأشياء يعتبر من نظام الأموال ويدخل فى نطاق سلطان قانون الموقع على هذه الأشياء .

وإذ كانت المادة العاشرة من التتئين المبنى - كما رأينا- تنص على القاعدة العامة فى التكييف وتقضى بأن القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين ، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها ، إلا أنه يرد عليها استثناء فيما يتعلق بإخضاع تكييف الأموال لقانون موقعها باعتبارها القانون الذى ينطبق عليها لمعرفة ما إذا كان الشئ عقارا أو منقولا، فلا يعتد بالقاضى بقانونه فى هذا الصدد.

(أنظر نقض طعن رقم ٢٧ لسنة ٢٧ ق " أحوال شخصية" جلسة ٢٦/٥/١٩٦٠ المنشور فى هذا البند) .

٢- بيان الحقوق العينية التي يمكن أن ترد على المال لتحديد ما إذا كان يجوز ترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق على المال ، وبيان نطاق الحق العيني وما يخوله من سلطات وما يرد عليه من قيود.

٣- بيان أسباب الحقوق العينية وانتقالها وانقضاءها .

ومن هذه الأسباب ما يخضع بشكل كامل لقانون موقع المال كالحيارة والاستيلاء والانتصاق والشفعة ، ومنها ما يخضع لقانون آخر، فقد رأينا أن الميراث والوصية يخضعان لقانون جنسية المتوفى ولا يخضع لقانون موقع المال سوى ترتيب الأثر الناقل للحق العيني .

كما يختلف الأمر بالنسبة للعقود المبرمة بشأن العقار إذ تنص المادة ١٩ مدنى صراحة على أن " قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت بشأن هذا العقار " .

وعلى ذلك فإن قانون موقع العقار لا يقتصر على حكم الأثر العيني للعقد من حيث إنشاء الحق العيني أو نقله أو زواله بل يمتد ليحكم الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد العقد ، وذلك حتى ولو كان لا يترتب على العقد إنشاء حقوق عينية وإنما إنشاء التزامات شخصية كعقد الإيجار^(١) .

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٧١ .

وكسان المشروع التمهيدى يتضمن مادة برقم (٤٤) تنص على أن : " يسرى قانون موقع العقار على العقود التى أبرمت بشأن هذا العقار الخ " - وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :
" ويستفزع على هذه الأحكام أن جميع العقود المتعلقة بعقارات ولو كانت مرتبة لحقوق شخصية تخضع لقانون موقع العقار . ويأتى الإيجار فى طليعة هذه العقود ... الخ " - إلا أن هذه المادة حذفت مع مواد أخرى فى لجنة المراجعة " لأن بعضها يتضمن أحكاما تفصيلية والبعض الآخر سبق ذكر أحكامها ^(١) .

ولا يخرج من اختصاص قانون موقع العقار بالنسبة للعقود المبرمة بشأنه إلا ما يتعلق بأهلية المتعاقدين إذ تظل خاضعة للقاعدة العامة بشأن الأهلية الواردة بالمادة ١١ وما يتعلق بشكل التصرف إذ يظل خاضعا للقاعدة العامة بشأن الأشكال الواردة بالمادة (٢٢) .

وينق الأمر بالنسبة للحقوق العينية للتبعية وهى حقوق تتبع حقا من الحقوق للشخصية وتستند فى وجودها إليه كحق امتياز الدائن على أموال مدينه والرهن القانونى الذى تمنحه بعض التشريعات للزوجة على أموال زوجها . فلا يكفى لوجود مثل هذه الحقوق أن يقرها قانون موقع المال إذا لم يكن يقررها القانون الذى يحكم العلاقة الأصلية ، أى القانون الذى يحكم الدين نفسه أو القانون الذى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٨٨ هامش (٢) ومابعده .

يحكم آثار الزواج . وبعبارة أخرى فإنه يتعين للاعتداد بالحقوق العينية التبعية أن تكون مقررة فى القانونين معا ^(١).

٤- بيان أحكام الحيابة وتحديد الحقوق العينية التى يمكن أن تكسب فى الأشياء من أصلية وتبعية ، وبيان نطاق كل منها وكذلك آثاره . فهو الذى يبين مثلاً مزايا حق الملكية ، من استعمال واستغلال وتصرف ، كما يبين نطاقه من حيث العلو والعمق والقيود التى ترد عليه وطبيعة هذه القيود ، أى حقوق ارتفاق أم مجرد موانع من التصرف ^(٢).

٥- شهر التصرف المتعلق بعقار يخضع لقانون الموقع، لأن الغاية من الشهر هى تأمين المعاملات العقارية ، وهى غاية لا تدرك إلا بمراعاة أحكام قانون الموقع .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " قاعدة خضوع العقار لقانون الموقع وفقاً للمادة ١٨ من القانون المدنى إنما تنصرف إلى الأحكام المتعلقة بحيازته وما يمكن أن يكتسب فيه من الحقوق العينية وطبيعة هذه الحقوق ونطاق كل منها وطرق اكتسابها وانقضائها وغيرها من الأحكام الخاصة بنظام

(١) سامية راشد ومحمد عبد المنعم رياض ص ٣٧١ .

(٢) عز الدين عبد الله ص ٣٧٣ .

الأموال فى الدولة ولا شأن لها بمسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بحقوق الورثة فى التركة " .

(طعن رقم ٨ لسنة ٣٥ قى "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٧/٧/٢٦)

٢- " مفاد نص المادة ١٨ من القانون المدنى أنه يدخل فى مجال أعمال قانون موقع العقار وبيان طرق كسب الحقوق العينية وانتقالها وانقضائها ، سواء كانت خاصة بهذه الحقوق كالاستيلاء والتقادم المكسب أو غير خاصة بها كالعقد وسواء ترتب على العقد نقل الملكية فى الحال أم ترتب عليه الالتزام بنقل الملكية . وإذ أغفل المشرع النص فى المادتين ١٨ ، ١٩ من القانون المدنى على خضوع التصرف المترتب عليه كسب الحق العينى أو تغييره أو زواله من حيث الشكل وشروط الصحة لقانون موقع العقار على غرار ما فعل القانون البولونى الذى استقى منه المشرع نص المادتين المذكورتين ، فإن العقد المتعلق بعقار يخضع لقانون موقعه من كافة الوجوه فيما عدا الأهلية التى تظل خاضعة لسلطان القانون الشخصى ، والشكل الخارجى للمتصرف الذى يظل خاضعا لقانون محل إبرامه " .

(طعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٨ قى جلسة ١٩٧٣/٥/٢٧)

١٧٢- كيفية تحديد موقع العقار :

لايشير تحديد موقع العقار أدنى صعوبة . كل ما فى الأمر هو أن التساؤل قد يثار فيما لو وقع العقار على الحدود للفاصلة بين دولتين مختلفتين .

وقد اتفق الفقه على ضرورة تجزئة العقار وإخضاع كل جزء منه لقانون الدولة التى يوجد بها هذا الجزء من العقار على إقليمها، على الأقل ما لم توجد اتفاقية دولية لتنظيم هذه المسألة^(١) .

(١) هشام صادق ص ٤٦٩ .

ثانيا : المنقول

١٧٤- القاعدة خضوع المنقول لقانون موقعه :

تنص المادة (١٨) على أن : " ... ويسرى بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها " . فالقاعدة إذن هي خضوع المنقول لقانون موقعه وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها .

وهذه القاعدة سائدة ومسلمة فقها وقضاء وتشريعا في مختلف بلاد العالم . ويكفى تبريرا لهذه القاعدة أن سلامة المعاملات تقتضيها ، إذ أن قانون الموقع هو أكثر القوانين يسرا وبقينا في التعرف عليه كما أن موقع المنقول هو المكان الذي تتركز فيه العلاقات القانونية المتعلقة بالمنقول وهو موضوعها . والمنقول الذي تسرى عليه هذه للقاعدة هو المنقول المفرد دون المنقولات التي تكون مجموعة كما هو الشأن في ميراث المنقول إذ يحكمه قانون المورث وقت موته .

غير أنه وإن كانت قاعدة خضوع المنقول لقانون موقعه ظاهرة البساطة ، إلا أنها تحمل في طياتها بعض الصعاب ، ذلك لأن المنقول قد يكون ماديا وقد يكون معنويا ، وقد يصعب في الحالتين تحديد موقعه لمعرفة القانون للقانون الواجب التطبيق عليه . كما أن

عدم ثبات المنقول وقابليته للنقل من جهة إلى جهة من شأنه إيمان
تعاقب خضوعه لسلطان أكثر من قانون ، مما يثير مشكلة التنازع
المتغير .

وهذا ما نعرض له فيما يلي .

١٧٥- تغيير موقع المنقول :

يؤثر التساؤل عر القانون الواجب التطبيق على الحياة
والحقوق العينية المترتبة على منقول فيما لو تغير موقع هذا
المنقول .

والدى لا خلاف فيه عند رجال الفقه هو أن قانون الموقع القديم
يحكم الحقوق التى تمت أسباب اكتسابها وقت لى كان المنقول فى
هذا الموقع ، ويشمل مجال أعمال هذا القانون بيان هذه الأسباب
وشروطها وتحديد نطاق الحقوق التى تكسب بها وكذلك آثار هذه
الحقوق .

وعلى ذلك فالمنقول الموجود فى سويسرا وبيع فيها لا تنتقل
الملكية فيه إلا بالتسليم ، والمنقول الموجود فى فرنسا أو فى مصر
وبيع فيها تنتقل الملكية فيه بمجرد تمام العقد دون الحاجة إلى
التسليم^(١) .

(١) عر الدين عبد الله ص ٣٨٩ - هشام صديق للكتاب الأول الجنسية

وإنما يدق الأمر فيما لو تحققت أسباب اكتساب الحق العيني أو فقدته في ظل قانون الموقع للقديم ، ثم نقل المنقول إلى موقع جديد ، إذ تنور في هذه الحالة مشكلة التنازع المتغير .

وقد انقسم الرأي في هذا الشأن إلى رأيين :
الرأي الأول :

يرى وجوب تطبيق قانون الموقع الجديد بأثر فوري أو مباشر .
وأصحاب هذا الرأي بهذه المثابة يضعون للتنازع المتغير حلا شبيها بالحل المتبع في شأن التنازع الزمني للقوانين . ذلك أن سريان قانون الموقع الفعلي للمنقول يوفر في نظر هذا الرأي سلامة المعاملات ، فهو القانون الذى يعرفه المتعاملون في المنقول ويطمنون إليه .

ولايهم في نظر هذا الرأي ما قد يؤدي إليه تطبيق قانون الموقع الجديد من تعطيل لما ترتب على المنقول من حقوق في موقعه القديم إذ القول بغير هذا من شأنه إهدار وحدانية القانون الذى يحكم المنقول في بلد الموقع الجديد وهو ما يطيح بالنقطة في المعاملات .

وعلى ذلك فإنه إذا باع شخص منقولا في سويسرا لآخر ولم يتسلمه المشتري فلم تنتقل الملكية إليه وفقا للقانون السويسرى ، ثم نقل المنقول إلى فرنسا حيث التسليم ليس لازما لانتقال الملكية في المنقول أصبح المشتري مالكا وفقا للقانون الفرنسى ، قانون الموقع

الحالى ، الذى يدخل فى اختصاصه بيان أثر العقد فى انتقال الملكية، وهذا هو الأثر المباشر لقانون الموقع الحالى .
الرأى الثانى :

يذهب هذا الرأى إلى أن مبدأ الاحترام الدولى للحقوق يقتضى مراعاة أحكام قانون الموقع القديم .
فإذا اكتملت عناصر الحق وفقا لقانون الموقع القديم فيبقى نافذا رغم انتقال المنقول إلى موقع جديد .

وعلى ذلك فلو اشترى شخص منقولا فى دولة تنتقل الملكية وفقا لقانونها من البائع إلى المشتري دون حاجة للتسليم ، تملك المشتري المنقول حتى لو لم يكن قد تسلمه. ولا يؤثر فى ملكية المشتري للمنقول أن يكون البائع قد نقله إلى دولة يشترط قانونها التسليم حتى تنتقل الملكية .

كذلك إذا حاز شخص منقولا بسبب صحيح وبحسن نية فى بلد يرتب على هذه الحيازة كسب الملكية فيبقى حقه نافذا ولو انتقل المنقول إلى بلد لا يعترف للحيازة بهذا الأثر .

أما إذا لم تكتمل عناصر الحق وفقا لقانون الموقع القديم فلا يصح الاعتراف للشخص بالحق ولو انتقل المنقول بعد ذلك إلى بلد تنتقل فيه الملكية بمقتضى عقد البيع ودون حاجة للتسليم مثل فرنسا أو مصر .

وكذلك فإن حيازة الشخص لمنقول بسبب صحيح وبحسن نية
فى بلد لا يرتب على هذه الحيازة كسب الملكية لايجعل من هذا
الشخص مالكا ولو انتقل إلى دولة يعترف قانونها له بصفة المالك
فى هذه الحالة (١).

غير أن هذا الرأى قد نبه إلى أن نفاذ الحق الذى اكتسب
صحيحا وفقا لقانون الموقع الجديد على هذا النحو يقتضى أن يكون
من الحقوق التى يقرها قانون الموقع الجديد إذ من غير المقبول أن
يعترف بحق يجهله قانون الموقع الجديد . وعلى ذلك إذا اكتسب
الشخص حق رهن رسمى على منقول ثم نقل المنقول إلى بلد لا يقر
قانونه هذا الحق لا يتمتع صاحب الحق بحقه فى الموقع الجديد .

هذا بالنسبة لشروط نفاذ الحق . أما عن مضمون الحق الذى
اكتسب صحيحا وفقا لقانون الموقع القديم ، أى ما يخوله لصاحبه
من سلطات فهو يتحدد وفقا لقانون الموقع الفعلى، أى قانون الموقع
الجديد الذى نقل إليه المنقول .

وعلى ذلك فإذا كان حق رهن الحيازة الولد على المنقول
يخول الدائن المرتهن وفقا لقانون الموقع القديم الذى اكتسب فى ظله

(١) هشام صادق ص ٤٧٣ ومابعدا - جابر جاد عد الرحمن ص ٥٢٥ -

حامد زكى ص ٣٣٢ ومابعدا - سلمية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض

ص ٣٧٤ .

الحق فى تملك المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون ،
وكن قانون الموقع الجديد لا يعطى الدائن المرتهن هذا الحق فيجب
إعمال قانون الموقع الجديد فلا يترتب على عدم الوفاء حق الدائن
فى تملك المرهون^(١).

وهذا رأى هو رأى الراجح فى الفقه المصرى .

١٧٦. المنقولات المتحركة :

ثمة منقولات أخرى تتحرك بحيث يكون من الصعب تحديد
موقعها فى دولة معينة كالسفن فى البحار والبواخر فى الأنهار
والطائرات والبضائع المنقولة على ظهر السفن أو بالسكك الحديدية
كما يتأتى أن توجد جهات لا تخضع لسيادة ما أو لقانون معين كما
لو وجدت فى عرض البحار مثلا ، وفى هذه الحالات نجد من
الصعب الاعتماد فى تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه
الأموال، على قانون الموقع لأن هذا الموقع يتغير باستمرار ، ومن
ثم يجب البحث عن قانون آخر يوفر تطبيقه ضمانات معادلة لتلك
التي يقدمها قانون الموقع بالنسبة للأموال ذات الموقع الثابت أو
التي تتمتع بنوع من الثبات والاستقرار .
ونعرض لذلك فيما يلى .

(١) هشام صلاق ص ٤٧٤ ومبهدما .

(أ) للقانون الواجب التطبيق على السفن والطائرات :

نرجع للصعوبة فى تحديد موقع كل من السفينة والطائرة إلى أنها دائمة الحركة . ومن جهة أخرى فهى كثيرا ما توجد فى مكان لا يخضع للسيادة الإقليمية لنولة ما ، كما هو الشأن بالنسبة للسفن فى أعالي البحار والطائرات فى الفضاء الجوى الذى يعلو البحار العامة .

والرأى السائد لدى الفقه هو إخضاع كل من السفينة والطائرة لقانون العلم ، أى قانون الدولة التى تسجل أو تقيد فيها . فليست العسيرة إذن بمكان وجودها الفعلى ، وإنما ينطبق قانون العلم على كل ما يتعلق بحيازة السفن والطائرات وما يترتب على أى منها من حقوق عينية بصرف النظر عن مكان وجودها الطبيعي^(١).

وكذلك يقرر الفقه ونفس الأسباب السابقة، إخضاع السفن النهرية التى تقوم بالملاحة فى الأنهار الدولية لقانون ميناء التسجيل.

أما السفن التى تقوم بالملاحة الداخلية فهى تخضع لقانون موقعها الفعلى ، أى قانون الدولة التى تقوم بالملاحة فى أنهارها .

(١) هشام صادق ص ٤٧٠ - حامد زكى ص ٢٣٤ هامش (٣) .

(ب) القانون الواجب التطبيق على البضائع أثناء نقلها :

تبدو الصعوبة في هذا الفرض لكون البضائع قد تجتاز حدود أكثر من دولة خلال نقلها . بل وقد تمر البضائع في إقليم لا يخضع للسيادة الإقليمية لأى دولة ، مما يثير التساؤل عن القانون الواجب التطبيق على ما قد يكتسب من حقوق عينية عليها .

والرأى المعول عليه هو اعتبار موقع البضائع أثناء النقل هو في البلد المصدرة إليه . ومن ثم فهي تخضع لقانون هذا البلد .

غير أن الفقهاء قد اختلفوا في نطاق تطبيقهم فرأى بعضهم أن قانون البلد المصدرة إليها البضاعة يحكم البضائع وهى فى طريقها إلى بلد التصدير سواء أكانت مرسله بالطرق البرية أم بالطرق البحرية ، وذلك فيما عدا الأشياء التى يحملها المسافر معه على باخرة إذ تخضع لقانون العلم .

ورأى البعض الآخر أن البضاعة المرسله على بواخر البحار تخضع لقانون العلم وليس لقانون الجهة المرسله إليها الذى يجب أن يقتصر اختصاصه على البضائع المرسله بالوسائل البرية .

كذلك منهم من رأى أنه إذا تحقق للبضاعة أثناء النقل استمرار مؤقت فى مكان (resting - place) خضعت البضاعة لقانون

هذا المكان فيمكن لدائن مالك البضاعة أن يوقع حجرا عليها وفقا لهذا القانون ، كما يكون للمالك أن يبيعها وفقا لهذا القانون أيضا^(١). ونرى الأخذ بالتطبيق الأول لهذا الرأي .

١٧٧- المنقول المعنوي :

يقصد بالمنقول المعنوي الشيء الذي لا يقع تحت الحس ومع ذلك يصلح محلا للحق العيني (م ١/٨٢، م ٨٦ مدنى) .
والحقوق التى تترتب فى الأشياء المعنوية هى حقوق عينية معنوية ، مثل الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، وتتخذ مكانها من تقسيم الحقوق للمالية فى قسم الحقوق المنقولة ، وتعتبر أموالا منقولة .

كذلك يوجد من بين الحقوق للشخصية ما يمكن النظر إليه بصرف النظر عن مصدره باعتباره منقولا معنويا مثل الدين .
ويثور التساؤل عما إذا كانت القاعدة الواردة فى المادة ١٨ مدنى التى تقضى بخضوع المنقول لقانون موقعه وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحق فيه أو فقده منه ، تنصرف إلى المنقول المادى وحده لم إليه وإلى المنقول المعنوي .

(١) راجع فى هذا هشام صادق ص ٤٧٠ وما بعدها - عز الدين عبد الله ص ٣٨٦ وما بعدها .

وقد اتضح من مراجعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني أن هذه المسألة كانت تحت البصر في لجنة سنة ١٩٣٦ الثانية ، فقد حدث أثناء نظر المادة ١٤ من المشروع التمهيدي (والتي صارت فيما بعد المادة ٤١ من المشروع ثم المادة ١٨ من التقنين) أن اقترح أحد الأعضاء " أن ينص كذلك على القانون الواجب التطبيق بالنسبة للمنقولات المعنوية " ، ونكر عضو آخر "أنه من المعلوم أن لفظة منقول الواردة بالمادة تنصرف فقط إلى المنقولات المادية دون المعنوية ، فإذا كان هناك شك من هذه الناحية ، فإنه يحسن تعريف لفظة "المنقول" بإضافة لفظة المادى إليه" . وقد عقب رئيس اللجنة على ذلك بقوله: " إن النص الخاص بهذه القاعدة (أى قاعدة خضوع المنقول لقانون موقعه) فى جميع التشريعات خلو من لفظة (مادى) وأنه يمكن بناء على ذلك الاكتفاء بإثبات التحديد المقترح للفظـة مادى بمحضر أعمال اللجنة " .

وقد وافقت اللجنة على ذلك ^(١).

وظاهر من هذا أن القاعدة الواردة فى المادة ١٨ فيما يتعلق بالمنقول، مقصورة على المنقول المادى ، وهو ما يتعين معه البحث عن قاعدة الإسناد الخاصة بالمنقول المعنوى فى ظل القواعد العامة ، وهو ما نفضله فيما يلى .

(١) لجنة المرحوم كامل (باشا) صنفى - الأعمال التحضيرية جـ ١

١٧٨- أولاً : الملكية الفكرية :

تشمل الملكية الفكرية الملكية الأدبية والفنية والتجارية والصناعية . وتوجد صعوبة في تحديد القانون الذى يحمى هذه الملكية مرددا أن الكتاب مثلا قد يؤلف ويطلع فى بلد ثم يتداول فى بلد أو بلاد أخرى . والاختراع قد يظهر فى بلد ويستخدم فيه ثم لا يلبث أن يستخدم فى بلاد أخرى ، والعلامات التجارية والصناعية قد تسجل فى بلد ويطلب حمايتها فى بلد آخر .

وقد وضعت الحل لذلك بعض الاتفاقات الدولية بحلول خاصة ، منها اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية والمؤرخة ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ والمكملة ببائس فى ٤ مايو سنة ١٨٩٦ والمعلقة ببرلين فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٨ ، والمكملة فى برن فى ٢٠ مارس سنة ١٩١٤ ، والمعلقة بروما فى ٢ يونيو سنة ١٩٢٨ ، وبروكسل فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٤٨ ، واستكهولم فى ١٤ يوليو سنة ١٩٦٧ ، وبائس فى ٢٤ يوليو سنة ١٩٧١ .

أما حيث لا توجد اتفاقية ، فالمقرر وجوب اتباع قانون بلد الأصل . غير أن تحديد هذا القانون قد يبق كثيرا ، ومع ذلك فيمكن أن يقال إن هذا القانون بالنسبة لحق التأليف هو قانون البلد الذى تم فيه الطبع أو النشر أولا إذ أن هذا النشر هو الذى يسبغ على العمل الفنى أو الأدبى قيمته الخاصة من ناحية العلاقات الاجتماعية ، فمن

هذه اللحظة - لحظة النشر - قد يتطلع الأفراد إلى هذا العمل ، باعتباره مالا بغية الاستفادة منه ومن ثم فيبدو معقولا أن تنظم دولة المكان الذى تم فيه النشر كافة الحقوق الخاصة بالمؤلف وبالجمهور ، فضلا عن ذلك فإنه إذا كان للأفراد أن يستعلموا عن الحقوق التى يتمتع بها المؤلف فإن الطبيعى أن يلجأوا إلى قانون المكان الذى ظهر فيه العمل (المؤلف) إلى حيز الوجود بالنسبة لهم .

أما بالنسبة لبراءات الاختراع والعلامات الفارقة فإن قانون بلد الأصل يتحدد بقانون الدولة التى نظمت حمايتها أولا ويمكن تبرير ذلك بفكرة احترام الحقوق .

والملاحظ أن هذا الحل يفترض أن العمل قد نشر ، أما إذا لم ينشر ، فقد قيل بأن العبرة فى هذه الحالة بالقانون الشخصى للمؤلف ، بينما يفضل البعض عليه قانون الموقع المادى ، كذلك قد يتأتى أن يتم النشر فى عدة بلاد فى نفس الوقت ، وهنا يرجح بعض الكتاب قانون البلد الذى تم فيه النشر الرئيسى أو الأصلى فإن تعذر الترجيح فالعبرة بقانون موطن المؤلف ، ويقرر اتفاق برن بأن العبرة بقانون البلد الذى يقرر الحماية لمدة أقل^(١) .

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٣٠ هامش (١) - مامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٢٧٦ وما بعدها .

وفيما يتعلق بحق المخترع على اختراعه ، فإن من المستقر
سريان قانون الدولة التي منحت براءة الاختراع . ذلك أن حق
المخترع لا ينشأ إلا بالحصول على البراءة وبالتالي فإن قانون الدولة
التي منحت البراءة يكون أجدر القوانين بالتطبيق .

أما التصميمات والنماذج الصناعية ، فإنها تخضع وفقا للرأى
الغالب لقانون الدولة التي تم فيها تسجيل التصميم أو النموذج
فالتسجيل هو الوسيلة القانونية للنشر بالنسبة لها ، وهو قرينة على
وجود صاحبه منذ وقت التسجيل^(١).

أما العلامات والأسماء التجارية فإن الحق فيها مستمد من
الأسبقية فى استعمالها للدلالة على مشروع معين .
لذلك فإن القانون الذى يحكم الحق فيها وفقا للرأى السائد هو
قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المشروع .

ومع ذلك فيجب أن تلاحظ أن تطبيق قانون بلد الأصل مقيد
بقيدين :

(الأول) أنه إذا تطلبت قوانين الدول الأخرى التي يراد حماية
هذه الحقوق فيها اتباع إجراءات معينة كالتسجيل مثلا فيجب اتباع
هذه الإجراءات .

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٧٧ ومابعدهما .

إذ يجب التمييز بين موضوع الحقوق التي ينظمها قانون بلد الأصل ووسائل الاستفادة منها وهذه ينظمها قانون بلد التداول^(١).

(الثاني) أنه إذا كانت حماية هذه الحقوق في قانون بلد الأصل أوسع مدى منها في قانون بلد التداول (كأن كانت المدة مثلا ١٥ سنة في قانون بلد الأصل و ١٠ سنوات في قانون بلد التداول) فإن العبرة بما يقوله هذا القانون الأخير إذ لا يصح لأصحاب هذه الحقوق من الأجانب أن يطمعوا في حماية أكثر مما يتمتع به الوطنيون .

١٧٩- ثانيا : الديون :

وهذه الديون قد تكون ناشئة عن عقود (التزامات تعاقدية) فتخضع للقانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية كما سنرى في شرح المادة (١٩) .

وقد تكون ناشئة عن أفعال ضارة فسنرى أنها تكون محكومة بالقانون المحلي .

أما إذا كانت مجسدة في شكل صكوك فيجب أن تخضع لقانون موقعها .

(١) جابر جاد عبد الرحمن ٥٣٠ وهامش (٢) - حامد زكي ص ٣٣٤

فإذا كانت هذه الصكوك لحاملها فهي كالمنقولات المادية سواء بسواء فتخضع لقانون الجهة الموجودة فيها على نحو ما ذكرناه بالنسبة للأموال المادية .

أما الصكوك الإسمية كالأسمه والسندات الإسمية وحصص التأسيس فقد ثار بشأنها الخلاف . فقال البعض بأن العبرة بقانون موطن الدائن لأن الدين ملكه فيجب أن يكون موقعه في موطنه ، وقال البعض الآخر بوجوب تطبيق قانون موطن المدين إذ أن الدين لو فصل عن شخص الملزم به لأصبح ولا معنى له ومن ثم فلتجسد هذا الدين يجب ربطه بالمدين وإخضاعه لقانون موطنه فهو يجب أن يدفع في هذا المحل كما يمكن أن تباشر فيه كافة الدعاوى والمحجوزات . فضلا عن أن هذا القانون يعتبر أكثر حماية للدائنين الذين يظهرون فيما بعد إذ أن تركيز الديون في موطن المدين يعطى لها محلا دائما ، ومن ثم فيحكم هذا القانون كل ما يتعلق بهذه الديون من حوالة ورهن وغير ذلك .

وكذلك إذا وجدت نصوص خاصة بهذه الصكوك كضرورة التأشير في دفتر الشركة التي أصدرتها مثلا فيجب القيام بهذا التأشير إذ أن هذه الصكوك لا تتداول إلا به .

أما الصكوك الإنذنية وهي الكمبيالات والسندات الإنذنية والشيكات، فإن قانون محل الوفاء يكون هو القانون الذي يجب أن تكون له

الأرجحية . ففي هذا المحل تنشأ المنازعات وينبغي أن تتخذ فيه الإجراءات التحفظية وقد يتم للتنفيذ الجبرى وبعبارة موجزة فإن الحق سيجد فى هذا المكان تعبيرا أو مظهرا خارجيا ، ومن ثم فيجب أن يحكم هذا القانون كافة الحقوق العينية التى تكون هذه الصكوك موضوعا لها سواء من حيث الإنشاء أو الانتقال أو الزوال ، فهو الذى يحكم التظهير وأثره والوفاء والنتائج المترتبة على عدم الوفاء وهو الذى يحكم للرهن وإيداع هذه الصكوك فى الحساب الجارى وهو الذى يحكم الإجراءات التى تتخذ فى حالة السرقة أو الضياع وغير ذلك ^(١).

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٣١ ومابعداها - وثمة رأى يقضى باعتبار كل التزام صرفى مستقلا عن غيره من الالتزامات ويجب أن يخضع لقانون الجهة التى عقد فيها (فيلتزم الساحب بقانون محل السحب والمظهر بقانون بلد التظهير والقابل بقانون بلد القبول) ، وقد أخذ بوجهة النظر هذه إلى حد كبير كل من اتفاق جنيف سنة ١٩٣٠ بخصوص حل تنازع القوانين فى الكمبيالة والسند الإننى ، واتفاق جنيف سنة ١٩٣١ بخصوص تنازع القوانين بشأن الشيك ، ولكن يعيب هذا الرأى أنه يتجاهل الرابطة التى تربط الالتزامات المصرفية ، فكل قانون ينص على نظام خاص بالرجوع فى حالة عدم الوفاء ولذلك يبدو غير معقول أن يخضع هذا النظام لتحديدات مختلفة باختلاف أمكنة التظهير ، ومن ناحية أخرى فإن مكان التظهير قد لا يظهر دائما فى حين أن الصفة المجردة

١٨٠- ثالثاً : المحال التجارية :

هذه المحال موجودة بالضرورة فى بلد معين . ويتحدد هذا البلد
بالمكان الذى توجد فيه معظم العناصر المكونة للمحل ، فإن كان له
فروع خضع كل فرع لقانون الجهة التى بها هذا الفرع .
ومن ثم تخضع لقانون هذا البلد بالنسبة للحقوق العينية التى ترد
عليها .

للك صك يجب أن تستتب تعرف قيمة الالتزامات التى تضمن للمظهر له
حقه ووزنها الصحيح ، وفى النهاية فإذا كان المفروض أن المظهر وقت
أن تلقى الصك قد تعرف على الضمانات التى تضمن الوفاء بحقه فى بلد
معين طبقاً لقانون هذا البلد فإنه لا يبدو غريباً أن تخضع التزاماته المقابلة
لنفس القانون (مشار إليه فى مؤلف جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٣٣
هامش ١)

مادة (١٩)

١- يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ، فإن اختلفا موطننا سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه .

٢- على أن قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت فى شأن هذا العقار .

الشرح

١٨١- تطبيق قانون إرادة المتعاقدين على الالتزامات التعاقدية:

يقصد باصطلاح قانون إرادة المتعاقدين فى القانون الدولى الخاص أنه فى مجال تنازع القوانين بشأن العقود يؤخذ بالقانون الذى اختاره المتعاقدان صراحة أو ضمناً .

وأساس إعمال قانون إرادة المتعاقدين هو احترام تلك الإرادة إذ من الطبيعى والمعقول أن يصبح فى مقدور المتعاقدين ، إذا أنشأا فيما بينهما رابطة التزام اختيار القانون الذى يحكم هذه الرابطة أو العلاقة من حيث الصحة ومن حيث الآثار . فكما أن المشرع يحى الأشخاص بتطبيق قانون جنسيتهم على مسائل أحوالهم الشخصية

ويحمى أرواحهم ومصالحهم بتطبيق القانون المحلى ويحمى ثرواتهم بتطبيق قانون موقع المال (القانون الإقليمى) فيجب عليه أن يحمى إرادتهم ويحترمها بالسماح بتطبيق القانون الذى يقع عليه اختيارهم لحكم التزاماتهم التعاقدية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تحصيل الحكم لما ورد بسند الشحن من أنه يفيد الاتفاق على تطبيق قانون أجنبى ، بما يودى إلى إنقاص أو زيادة المواعيد المقررة فى المادتين ٢٧٤، ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى أو لا يفيد ذلك ، يعد من قبيل فهم الواقع فى الدعوى مما يستقل به قاضى الموضوع ، مادام قد أقام قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب تحمله " .

(طعن رقم ١٨٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٠/٥/١٩)

٢- " متى كان الحكم المطعون فيه بعد أن خلص إلى أن التعاقد على شحن البضاعة المؤمن عليها بمعرفة الطاعنة ثم بمشارطة إيجار لا تخضع لأحكام معاهدة سندات الشحن ، أجمل ما تم اتفاق الطرفين عليه من تطبيق أحكام قانون نقل البضائع بحرا الصادر بإنجلترا فى سنة ١٩٢٤- والقواعد الملحقه به ، وكانت المادة الرابعة من تلك القواعد تقضى بعدم مسئولية الناقل أو السفينة عن الهلاك أو التلف الناتج عن أعمال أو إهمال أو خطأ البحارة أو

للمرشد أو مستخدمى الناقل فى الملاحة أو فى إدارة السفينة، وكان
تحصيل الحكم لما ورد بمشارطتى الإيجار وسند الشحن من أنه يفيد
الاتفاق على تطبيق القانون المذكور هو من قبيل فهم الواقع فى
الدعوى مما يستقل به قاضى الموضوع متى كان سائغا وله أصله
للثابت فى الأوراق ويكفى لحمل قضائه ، فإن المحكمة لا تكون بعد
ملتزمة بتتبع أسباب الحكم الابتدائى - الذى ألغته - والرد عليها
ويكون النعى بما ورد فى هذا السبب على غير أساس " .

(طعن رقم ٢١٤ لسنة ٣٨ قى جلسة ١٩٧٤/٦/١٣)

٣- " النص فى المادة ١٩ من القانون المبنى على أن يسرى
على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى توجد فيها الموطن
المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإن اختلفا موطنا سرى قانون
الدولة التى تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من
الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه يدل على أنه يتعين
الوقوف ابتداء على ما تتجه إليه إرادة المتعاقدين الصريحة أو
الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية
فإذا لم يفصح المتعاقدان عن إرادتهما فى هذا الشأن وجب تطبيق
قانون الموطن المشترك وإلا فقانون الدولة التى تم فيها العقد " .

(طعن رقم ١١١٤ لسنة ٥٢ قى جلسة ١٩٨٩/١٢/٤)

١٨٢- الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية :

اعتمد المشرع فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بإرادة المتعاقدين . وهذه الإرادة قد تكون إرادة صريحة أو إرادة ضمنية. والإرادة الضمنية هى التى يستخلصها القاضى من ظروف التعاقد . فيمكنه أن يستشف هذه الإرادة من استعمال المتعاقدين لاصطلاحات معروفة فى قانون معين أو كتابة العقد بلغة معينة أو انتماء طرفى العلاقة لجنسية دولة معينة أو اشتراط الدفع بعملية معينة أو اشتراط تنفيذ العقد فى إقليم- واستخلاص القاضى للإرادة الضمنية لا يخضع لرقابة محكمة النقض لأنه فى الحقيقة يقوم بتفسير العقد، وهو ما لا يخضع بصفة عامة لرقابة محكمة النقض^(١).

أما إذا لم يصرح المتعاقدان بإرادتهما فى شأن تحديد القانون الذى يحكم العقد، وكانت ظروف الحال لا تنم عن إرادتهما الضمنية فى هذا الشأن، فقد جرى الفقه والقضاء على تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد بالنظر إلى ما كان يقصده المتعاقدان فيما لو صرفا إرادتهما إلى تحديد القانون الذى يحكم العقد . فالقاضى فى هذه الحالة لا يفسر العقد للتعرف على ما قصده المتعاقدان ، وإنما هو يعين ما كان يمكن أن يقصده المتعاقدان وبعبارة أخرى هو لا يبحث عن إرادة للمتعاقدين موجودة فعلا بل يفرض عليهما إرادة

(١) عز الدين عبد الله ص ٤٢٣ .

غير موجودة فعلا ويقومها على قرائن مستمدة من ظروف العقد ،
وهى ما أطلق عليه " الإرادة المفروضة " بأخذها للقاضى بمعيار
موضوعى هو الرجل المعقول .

ويرى بعض الشراح أن الأخذ بالإرادة المفروضة يخرج العقد
فى هذه الحالة من مجال إرادة المتعاقدين ، إذ حاصل الأمر هو أن
إرادة القاضى هى التى تعين للقانون الواجب التطبيق وليس إرادة
المتعاقدين ^(١) ، وهو ما نراه فى محله .

١٨٢ - نطاق تطبيق قانون إرادة المتعاقدين :

مجال الأخذ بقانون إرادة المتعاقدين هو الالتزامات التعاقدية
على العموم ومن ثم فإذا اختار المتعاقدان قانونا معينا ، صراحة أو
ضمنا ، فيجب تطبيق هذا القانون على العقد من كافة نواحيه فيما
عدا الأهلية والشكل ، وهما مسألتان لا تدخلان فى الحقيقة فى نطاق
العقود، بحيث يسرى هذا القانون بالنسبة لأركان الانعقاد وشروط
الصحة والإثبات وترتيب الآثار . فحرية المتعاقدين هنا أوسع منها
فى القانون الداخلى إذ هى فى هذا الأخير مقيدة بالقواعد الآمرة
التي لا يجوز للأفراد أن يتقوا على عكسها وقاصرة على قواعد
المفسرة والمخيرة التي يجوز لهم مخالفتها ، أما بالنسبة للعلاقات

(١) راجع عز الدين عبد الله ص ٤٣٤ وما بعدها - حامد زكى ص ٢٤٣

للقانونية ذات العنصر الأجنبي فحريتهم فى اختيار القانون الواجب التطبيق لاتعرف هذه القيود فهي تجمع بين دفتيها مبدأ حرية التعاقد المذكور وتمتد إلى أبعد من ذلك فتشمل القواعد المتعلقة بالسبب والموضوع وعيوب الرضا ، إذ المقصود هو تشجيع الاتجار والعلاقات الاقتصادية الدولية الخاصة .

ومع ذلك فإن حرية المتعاقدين ليست مطلقة بل هى تخضع لقيدين هما :

(أولا) هناك عقود لاتخضع للقانون الذى يريده العاقدان وهى العقود التى ينظمها المشرع تنظيمًا دقيقًا وتخضع للرقابة الإدارية بحيث تقلت، فى حدود هذه الرقابة، من أحكام القانون العام للعقود ، ومن أمثلة ذلك عقود التأمين التى تتم فى الجمهورية أو تنفذ فيها فالقانون الذى يحكم رقابتها وهو القانون المصرى يعتبر متعلقا بالبوليس حيث يلعب بمقتضاه عمال الدولة ووكلاؤها دورا إيجابيا ضروريا بالنسبة لها، ويجب على المنظمات الأجنبية التى تتعاطى مهنة التأمين فى جمهورية مصر أن تكون لها مؤسسات قادرة على توفير مستلزمات ومقتضيات الرقابة .

كذلك الحال بالنسبة لعقد الشركة ، بإرادة المتعاقدين قاصرة على إنشاء مركز قانونى ويتكفل القانون (وهو قانون مركز الإدارة الرئيسى الفعلى أو القانون المصرى) باعتباره قانون محل النشاط

الرئيسى وذلك طبقا للمادة ٢/١١ مدنى بتحديد مضمون هذا المركز على سبيل الإلزام وليس للأفراد حرية اختيار قانون معين ، وعند العمل أيضا لا يخضع - بالنسبة لعلاقة رب العمل بالعمال - إلى قانون إرادة المتعاقدين وإنما إلى القانون المحلى .

(ثانيا) يستبعد القانون الواجب التطبيق عملا بإرادة المتعاقدين إذا ثبت أن إعماله قد تم غشا نحو القانون ، أو إذا كان القانون الأجنبى الذى اختير تتجافى أنظمتة مع الأنظمة الأساسية فى قانون القاضى وذلك أخذا بفكرة النظام العام . ومن أمثلة ذلك التصرف فى الشركات المستقبلية فإذا كان هذا التصرف جائزا وفقا لقانون إرادة المتعاقدين ، فإن هذا القانون يجب أن يستبعد لمخالفته للنظام العام عندما إذ جاء بالفقرة الثانية من المادة ١٣١ مدنى أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه ^(١).

١٨٤- سريان قانون دولة الموطن المشترك أو قانون الدولة التى تم فيها العقد :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة (١٩) تنص على أن : يُسرى على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذوا موطنا ، فإن اختلفا موطنا سرى

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٣٦ ومابعدهما .

قانون الدولة التي تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو بتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه " .

وبالترتيب على ذلك ، إذا لم يتفق المتعاقدان على القانون الذى يسرى على العقد أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه ، بالتفصيل الذى أوردناه فيما سلف . فإنه يتعين التفرقة فى تحديد القانون الذى يسرى على الالتزامات التعاقدية بين حالتين :

(الأولى) إذا كان يوجد موطن مشترك للمتعاقدين ، أى موطن واحد، فإنه يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد بها الموطن المشترك .

(الثانية) إذا كان لا يوجد موطن مشترك للمتعاقدين، وإنما كان لكل منهما موطناً مستقلاً فإنه يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى تم فيها العقد أى التى أبرم فيها العقد .

١٨٥- مجال تطبيق قانون الإرادة أو ما يحل محلها على مختلف نواحي العقود :

يخرج من مجال قانون الإرادة وما يحل محلها وهو ما يطلق عليه "قانون العقد" كل ما يتعلق بالشكل وأهلية المتعاقدين. فالشكل الذى يجب أن يتم فيه العقد يخضع لقواعد إسناد خاصة كما سنرى فيما بعد . كذلك تخرج أهلية المتعاقدين من مجال تطبيق قانون

العقد إذ يخضع تحديد الأهلية كما سبق أن رأينا للقانون الشخصي وهو قانون الجنسية وفقا للقانون المصرى .

ولئن كان المشرع قد قصد باستعماله عبارة الالتزامات التعاقدية إخضاع كل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية من حيث تكوينها وآثارها لقانون واحد وهذا هو قانون الإرادة أو قانون العقد إلا أن البحث فى تكوين العقد وآثاره يثير عدة مسائل نعرض لها فيما يلى .

١٨٦- أولاً : تكوين العقد :

إن بحث المسائل التى تتعلق بتكوين العقد يقتضى التعرض لكل من التراضى من جهة والمحل والسبب من جهة أخرى .
(أ) التراضى :

لا خلاف بين الفقه فى وجوب استبعاد ما يتعلق بوجود الإرادة على أساس أن هذه المسألة تدخل فى مضمون فكرة الأهلية ، وتخضع بالتالى لقانون الجنسية وفقا للمادة (١١) مدنى .

أما وقد استبعدنا مسألة وجود الإرادة ، فلن قانون العقد هو الذى يسرى على كل ما يتصل بالتعبير عن الإرادة وهل يشترط أن يكون التعبير صريحا أو ضمنيا ، وهل يعتد بالإرادة الظاهرة أم بالإرادة الباطنة، ومتى يترتب على التعبير عن الإرادة أثره .

كذلك حكم السكوت ، وهل يمكن اعتباره قبولا من عدمه ، وكيفية تحديد زمان ومكان العقد الذى يتم بين غائبين .

كما يدخل فى مضمون الفكرة المسندة أيضا كل ما يتعلق
بعيوب الإرادة ومدى أثرها على صحة التعاقد .

غير أن فريقاً من الشراح يرى إخراج بعض هذه المسائل من
مجال تطبيق قانون العقد . فهم يرون عدم خضوع تحديد زمان
ومكان العقد المبرم بين غائبين لقانون العقد وإخضاعهما لقانون
القاضى باعتبار أن الأمر يتعلق فى هذه الحالة بتكييف المسألة التى
أعطاهما وصف العلاقة التعاقدية وذلك للتوصل لمعرفة قاعدة
الإسناد .

كذلك يرى بعض الفقهاء عدم خضوع عيوب الإرادة لقانون
العقد وإخضاعها للقانون الشخصى لمن صدرت منه الإرادة تأسيساً
على أن القواعد المتعلقة بهذه العيوب تهدف إلى حماية الشخص
نفسه .

كما يرى بعض الفقه عدم خضوع السكوت ومدى اعتباره تعبيراً
عن القبول لقانون العقد ووجوب إخضاعه لقانون مركز أعمال من
وجه إليه الإيجاب أو قانون محل إقامته والقول بغير ذلك من شأنه
مفاجأة من وجه إليه الإيجاب بحكم لا يعرفه^(١) .

(١) راجع هشام صديق ص ٣٦٦ ومابعداها - سامية راشد وفؤاد عبد المنعم
رياض ص ٢٨٩ ومابعداها .

(ب) المحل :

يحدد قسانون العقد ، الشروط الواجب توافرها في المحل من حيث الوجود وإمكان الوجود فقد يكون شيئا مستقبلا عملا أو امتناعا عن عمل ، ومن حيث الإمكان فيجب أن يكون ممكنا وليس مستحيلا ، ومن حيث التعيين ، ومن حيث عدم مخالفة المحل للنظام العام أو الأداب بأن يكون قابلا للتعامل فيه وفقا لقانون العقد ولقانون محل التنفيذ ولقانون القاضى . فإن كان التعامل في المحل مشروعا وفقا لقانون العقد ولقانون التنفيذ في حين يعتبر غير مشروع فى قانون القاضى، للزم القاضى بتطبيق قانونه ، مثال ذلك أن يتفق المتعاقدان على فوائد ربوية ويحددان القانون الواجب التطبيق وهو يجيزها على أن يودعها المدين لدى بنك فى دولة يقر قانونها هذه الفوائد ، ونظرا لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه ، يلجأ الدائن إلى قاض فى البلد الذى يتوطنان به لإلزام المدين بالتنفيذ ويكون قانون القاضى يحرم الفوائد الربوية وحينئذ يرفض القاضى الدعوى لعدم مشروعية المحل وذلك لأن محل الالتزام عندما يكون عملا فإنه يخضع لقانون محل التنفيذ ، فإن كان هذا القانون هو قانون القاضى ، للزم بقانونه . أما إن كان المحل شيئا فإنه يخضع من حيث قابليته للتعامل لقانون موقعه ^(١).

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٦٠ - حامد زكى ص ٣٤٥ .

(ج) السبب :

لرأى الراجع فى الفقه خضوع سبب العقد بدوره لقانون العقد . فهو يخضع له من حيث وجوده ومشروعيته . غير أنه يلاحظ وجوب مشروعية السبب كذلك وفقاً لقانون القاضى وإلا تعين استبعاد قانون العقد لتعارضه مع النظام العام .

كذلك قد يستبعد قانون العقد إذا كان قانون القاضى يتطلب وجود سبب للتعاقد ولم يكن العقد قائماً على سبب^(١) .

١٨٧- ثانياً : آثار العقد :

تدخل آثار العقد كقاعدة عامة فى مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية . ونتولى فيما يلى بيان القاعدة والاستثناءات التى يقرها البعض فى شأنها ، وذلك بالنسبة لكل من آثار العقد المتعلقة بالأشخاص وآثاره المتعلقة بالموضوع .

(أ) آثار العقد بالنسبة للأشخاص :

تخضع آثار العقد بالنسبة للأشخاص للقانون الذى يحكم العقد . وعلى ذلك فإنه يتعين الرجوع إلى هذا القانون لمعرفة الملزمين بالعقد والمستفيدين منه سواء كانوا من المتعاقدين أو من الغير على أن مدى تصرف أثر العقد إلى الخلف العام يدخل فى مجال أعمال القانون الذى يحكم الميراث أما أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص فهو

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم ريلاض ص ٣٩١ .

يعد وفقا لرأى البعض داخلا فى مضمون الفكرة المسندة بينما يرى البعض الآخر أن هذا الأثر يخضع لقانون موقع المال .

ويخضع لقانون العقد أحكام التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير ، وكذلك حق الدائنين فى الطعن فى العقد بالدعوى البوليصية وعلى حقهم فى رفع الدعوى غير المباشرة .

ويسرى قانون العقد على إضافة تصرف النائب إلى الأصل مباشرة، ومدى نيابة النائب عن الأصل. إذا الملاحظ فى النيابة أن العقد المبرم بين النائب والغير تتصرف إلى الأصل مباشرة .

فهذا الأخير وإن لم يكن طرفا فى العقد إلا أن إرادته هى مصدر صفة النائب ، كما أنها هى التى تحدد نطاق النيابة وحدودها.

ومع ذلك يتجه البعض إلى تطبيق قانون العقد الذى يبرمه النائب مع الغير على أساس أن النيابة تؤثر على صحة هذا العقد وآثاره ، مما يقتضى وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد وعلى علاقة النيابة .

وغنى عن البيان أن النيابة القانونية عن فاقدى الأهلية وناقصيها تخرج عن مضمون الفكرة المسندة . إذ من غير المقبول أن يعد بإرادة الأصل والفرص أنه معدوم الإرادة أو ناقصها . وسلطة النائب فتى إيراد التصرفات القانونية نيابة عن المشمول بالحماية ، وحكم التصرف الذى يبرمه النائب مجاوزا سلطاته فى هذا الشأن،

هى مسائل تخضع لقانون جنسية الشخص الذى تجب حمايته وفقا للحكم المقرر بالمادة ١٦ من القانون المدنى .

وأخيرا فإن النيابة القانونية للفضولى عن رب العمل بالنسبة لما يجريه من تصرفات قانونية لحساب هذا الأخير تخرج بدورها عن مضمون الفكرة المسندة . ذلك أن مدى سلطة الفضولى فى إبرام التصرفات القانونية نيابة عن رب العمل تخضع للقانون الذى يحكم الفضالة ، وهو قانون المكان الذى تصرف فيه الفضولى لصالح رب العمل وفقا للحكم المقرر فى الفقرة الأولى من المادة ٢١ من القانون المدنى^(١).

(ب) آثار العقد بالنسبة للموضوع :

يسرى قانون العقد على موضوع العقد . فيرجع لهذا القانون لمعرفة مضمون الالتزامات التى يولدها العقد وأحكامه . ويتقضى هذا الوضع ضرورة تفسير العقد وفقا للقواعد السائدة فى القانون الذى يحكم الروابط التعاقدية .

وإذا ما تحدد مضمون الالتزامات المتولدة عن العقد ، فإن تنفيذ هذه الالتزامات يخضع بدوره للقانون الذى يحكم العقد . فيرجع إلى هذا القانون لمعرفة متى يكون التنفيذ عينيا وكيف يكون وأهمية الإعذار ، ومتى يكون التنفيذ بمقابل وكيفية تقدير التعويض وعناصره ، وحكم الشرط الجزائى وأحكام التعويض القانونى أى الفوائد .

(١) هشام صلاق ص ٣٧٠ وما بعدها .

وعلى هذا النحو تخضع المسؤولية العقدية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين لقانون العقد ، وليس لقانون محل وقوع الفعل الضار والذي يسرى فى شأن المسؤولية للتقصيرية كما ظن البعض فليس الخطأ فى ذاته هو أساس دعوى التعويض عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية ، وإنما هو يعتبر كذلك بالنظر لوجود العقد الذى فرض هذه الالتزامات .

ويحكم قانون العقد كذلك التضامن وعدم قابلية الدين للانقسام .
ويحدد قانون العقد عناصر المسؤولية التعاقدية وأسباب دفعها ،
كما يحكم مدى صحة شروط عدم المسؤولية .

كما يبين الأجل وآثاره وأسباب سقوطه .

وبالرغم من خضوع تنفيذ الالتزام التعاقدى لقانون العقد فإن قانون دولة التنفيذ قد لا يقر الوسائل التى ينص عليها قانون العقد مما يترتب عليه استحالة التنفيذ . وتعد هذه الاستحالة بمثابة القوة القاهرة وهى تخضع لقانون العقد^(١).

وتخضع أوصاف الالتزام لقانون العقد . فهذا القانون هو الذى يبين مدى صحة الشرط وأثر تحققه أو تخلفه ، والأجل وآثاره وأسباب سقوطه ، كما يحكم تعدد محل الالتزام سواء كان الالتزام تخييرياً أو بدلياً ، وكذلك تعدد طرفى الالتزام سواء فيما يتعلق بالتضامن أو عدم القابلية للانقسام .

(١) سامية راشد وفؤاد رياض ص ٣٩٣ .

ويخضع لقانون العقد انتقال الالتزام سواء كان هذا الانتقال
إيجابيا عن طريق حوالة الحق أو سلبيا عن طريق حوالة الدين .
ويحكم قانون العقد كذلك أسباب انقضاء الالتزام ، فهو الذى
يحكم الوفاء أو التنفيذ الاختيارى وشروط صحته . ويبين من يصح
منه الوفاء ومن يصح له الوفاء ، وهو الذى يبين على أى شئ يقع
الوفاء وزمانه ومكانه .

غير أنه يشترط عدم مخالفة طريقة التنفيذ للقواعد المتعلقة
بالنظام العام فى بلد الوفاء كما لو كانت بلد التنفيذ تمنع الوفاء
بالذهب أو بعملة معينة .

كذلك يحكم قانون العقد الإبراء . فهو الذى يتكفل ببيان ما إذا
كانت إرادة الدائن وحدها تكفى للإبراء أم أنه يتعين لذلك إبرام
اتفاق جديد .

ويحكم قانون العقد التقادم ، فهو الذى يحدد آثار التقادم ومدته
وأثر الاتفاقية للمعجلة لأحكامه ، وأسباب وقف المدة وانقطاعها .

أما عن انقضاء الالتزام بالتقادم المسقط ، فإنه يخضع لقانون
موطن المدين ، وذلك باعتبار الدين منقولا معنويا يخضع لقانون
موقعه وهو قانون موطن المدين الذى يبين شروط التقادم والتمسك
به والتنازل عنه والاتفاق على مدة تخالف المدة المقررة به للسقوط،
وانقطاعه ووقفه ، أما الوفاء الذى يتم بعد اكتمال مدة التقادم،

فيخضع لقانون العقد الذى يتحدد بموجبه طبيعة هذا الوفاء وشروطه^(١).

وفيما يتعلق بانقضاء الالتزام بالمقاصة يتعين التفرقة بين المقاصة الاتفاقية والمقاصة القضائية والمقاصة القانونية .

فالمقاصة الاتفاقية ، تشكل عقدا جديدا مستقلا وتخضع بالتالى للقانون الخاص بهذا العقد ، وذلك بغض النظر عن القانونين اللذين يحكمان الدينين اللذين تحقق بينهما المقاصة .

كذلك تخرج المقاصة القضائية من مجال تطبيق قانون العقد ، وتخضع لقانون القاضى . باعتبار الأمر يتعلق بسلطة المحكمة فى التقصى فى الشروط اللازمة لوقوع المقاصة^(٢).

أما المقاصة القانونية ، فإن الأمر يدق بشأنها إذا كان الدينان خاضعين لقانونين مختلفين .

وقد تعددت الآراء فى هذا الصدد .

فيرى البعض إخضاع المقاصة لقانون القاضى تأسيسا على أن المسألة تتعلق بتنظيم الدفوع وفى مسألة إجراءات غير أنه يمكن السرد على ذلك بأن المقاصة باعتبارها من أسباب انقضاء الالتزام تتعلق بالموضوع وليس بالإجراءات .

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٦٣ .

(٢) هشام صادق ص ٣٧٤ .

وذهب رأى ثلث إلى تطبيق القانون الذى يحكم الالتزام الذى نشأ
أخيرا باعتبار أن نشوء هذا الالتزام هو الذى يؤدى إلى تحقيق
المقاصة .

غير أن هذا الرأى يغفل أن المسألة تتعلق بالدرجة الأولى
بانقضاء الالتزام الأول .

وذهب رأى ثالث إلى تطبيق القانونين تطبيقا جامعا بحيث
لا تتحقق إلا إذا أجازها القانونان لأن المقاصة تؤدى إلى انقضاء
الدينين لا دين واحد^(١).

وذهب رأى رابع إلى أنه إذا كان قانون القاضى هو أحد
القانونين تعين تطبيقه . فإذا كان القانونان لجنبيين تعين تطبيق
القانون الذى تقرب أحكامه من أحكام قانون القاضى .

وذهب رأى خامس إلى وجوب تطبيق قانون الدين الذى يدفع
بانقضائه بالمقاصة باعتبار أنه الدين موضوع المطالبة^(٢) .
وهذا الرأى هو ما نرى الأخذ به .

(١) عز الدين عبد الله ص ٤٦٨ .

(٢) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٢٩٤ وما بعدها .

١٨٨- مجال تطبيق قاعدة قانون العقد من حيث نوع العقد :

يثار السؤال عما إذا كانت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة تسرى بالنسبة لجميع العقود أم أن ثمة عقود تخرج من مجال إعمالها .

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يضم نصوصا (المواد ٤٢ - ٤٨) - تورد عدة استثناءات أخرى فوق الاستثناء الذى ورد بالفقرة الثانية من المادة ١٩ من قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، وتبين القوانين الواجبة التطبيق على بعض العقود على وجه أمر، مثل إخضاع العقود التى تتم فى البورصات والأسواق للعامة لقانون البلد الذى توجد فيه هذه البورصات والأسواق (م ٤٣ من المشروع)، وكذلك بينت المادة ٤٤ من المشروع القانون الواجب للتطبيق على العقود التى يبرمها أصحاب المصانع والمتاجر والمزارع مع عمالهم ومستخدميه ، وهو القانون المعمول به فى الجهة التى يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال ، فإذا كان المركز الرئيسى لهذه الأعمال فى الخارج وكانت فروعها فى مصر هى التى أبرمت هذه العقود كان القانون المصرى هو الواجب التطبيق . وقد حدا المشروع التمهيدى إلى ذلك - على ما أفصحت عنه مذكرته الإيضاحية - من أنه : " عرض للمشروع فى هذه المولد من ٤٢ -

٤٨ للقاعدة العامة فى الالتزامات التعاقدية وأصور خاصة من صور العقود وتنفيذها ثم قرر فى نهايتها القاعدة الخاصة بوجوب احترام للقواعد الأمرة فى حدود معينة .

ويراعى بادئ ذى بدء أن فقه القانون الدولى الخاص غير مستقر فيما يتعلق بتعيين القانون الواجب تطبيقه فى شأن الالتزامات التعاقدية لتنوع صور العقود وتباين القواعد التى تسرى عليها من حيث أركان انعقاد وشروط الصحة وترتيب الأثر^(١).

(١) وقد استطلعت مذكرة المشروع التهديدى قائلا : "ولذلك نوصى المشروع تجنب التفاصيل ولتقتصر على أكثر الأحكام استقرارا فى نطاق التشريع فقرر فى المادة ٤٢ أن الالتزامات التعاقدية يسرى عليها القانون الذى يقرر المتعاقدان الخضوع لأحكامه صراحة أو ضمنا مع مراعاة الأحكام المقررة فى المادتين ٤٤ ، ٤٨ وهذا حكم عام يمكن لمسلطان الإرادة ويضمن وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد - وهى وحدة لاكتفائها فكرة تطيل عناصر العقد واختيار القانون الذى يتلاءم مع طبيعة كل منها - وقد استرشد المشرع فيه بالمادة ٧ من القانون الملحق بالتقنين المبنى اليابانى والمادة ١٥ من التقنين الإيطالى الجديد . فالأولى تقضى بأن القانون الذى يطبق فى شأن وجود التصرف القانونى وما يترتب عليه من آثار هو القانون الذى يختاره المتعاقدان. والثانية تنص على أن الالتزامات التى تنشأ عن العقود يسرى عليها قانون جنسية المتعاقدين إذا تحددوا جنسية وإلا فتانون محل انعقاد العقد وهذا كله ما لم يتفق على خلافه .

وبالاحظ أن المشروع قد اختار صيغة مرنة لاتقطع على القضاء سبيل الاجتهاد ولا تحول دون الانتفاع من كل تطور مقبل في حركة الفقه. وقد قرن للمشروع هذه الصيغة بنصوص خاصة بعضها يعين اختصاصا تشريعا أمرا بالنسبة لقود معينة وبعضها يضع قرائن يستخلص منها الإرادة عند عدم الاتفاق وبعض آخر يعين اختصاصا تشريعا لمسائل تتعين بتنفيذ العقود .

٣- وقد بذلت الجمعيات والمعاهد العلمية جهودا موفقة لمسايرة الاتجاهات العلمية فلم تقنع بقرار للقاعدة العامة التي تقدمت الإشارة إليها ولكنها تناولت العقود الهامة وعينت لكل عقد منها الاختصاص التشريعي الذي يناسبه (معهد القانون الدولي في اجتماعه في فلورنسا سنة ١٩٠٨ ومشروعات جمعية القانون الدولي الخاصة بالبيع وعقد العمل وإجارة الأشخاص وقد أعدت في اجتماعت فينا في سنة ١٩٢٦ وفسوفيا في سنة ١٩٢٨ ولكسفورد في سنة ١٩٣٢ ومشروعات المعاهدات الخاصة بالبيع التي أعدها مؤتمر لاهاي السادس) . وبذلك تسنى لها أن تؤثر في حركة التشريع (أنظر اتفاقية مونتفيدو سنة ١٨٩٩ ومشروعات القوانين التي أعدت في النمسا (١٩١٣) ورومانيا سنة ١٩٣٢ وتشيكوسلوفاكيا سنة ١٩٢٤ والتشريع البولوني الصادر في سنة ١٩٢٦ وتقنين بوستامنتي) بما أعدت من مشروعات وقد وقف المشروع من هذه المشروعات موقف تحفظ فلم ينقل عنها من القواعد إلا ما ثبت من سلامة صلاحيته وهذه القواعد هي التي تقررت في المواد التالية للمادة ٤٢ . (أنظر في الهامش للمذكرة على صدر المادة ٤٤ وعلى الفقرة الأولى من المادة ٤٧) (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٨٧ ومابعدا) .

وفى لجنة المراجعة اقترح معالى المنهورى بلشا حذف المواد المذكورة لأن بعضها يتضمن أحكاما تفصيلية والبعض الآخر سبق ذكر أحكامها فوافقت اللجنة (١).

ونعرض فيما يلى لبعض العقود .

١٨٩- أولاً : عقد العمل :

رأينا سلفا أن المادة ٤٤ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى كانت تقضى بإخراج عقود العمل من مجال تطبيق قانون الإرادة إذا كانت تجرى على أن : " يسرى على العقود التى يبرمها أصحاب المصانع والمتاجر والمزارع مع عمالهم ومستخدميه القانون المعمول به فى الجهة التى يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال فإذا كان المركز الرئيسى لهذه الأعمال فى الخارج وكانت فروعها فى مصر هى التى أبرمت هذه العقود فإن القانون المصرى هو الواجب التطبيق " . وقد صدر للقانون المدنى خلوا من هذا النص مما ينم عن رغبة المشرع فى ترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء . غير أن محكمة النقض المصرية أكتفت فى أحد أحكامها الحديثة وجوب العمل بقاعدة الإسناد السالفة الذكر بالرغم من حذف المشرع لها. فقضت بتاريخ ١٩٦٧/٤/٥ فى الطعن رقم ٣٧١ لسنة ٣٢ ق بأن :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٩٠ لهامش .

" يسرى على العقود التى يبرمها أصحاب الأعمال مع عمالهم ومستخدميهـم القانون المعمول به فى الجهة التى يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال ، فإذا كان المركز الرئيسى فى الخارج وكانت فروعها فى مصر هى التى أبرمت هذه العقود فإن القانون المصرى يكون هو الواجب التطبيق " وعلى ذلك فإن محكمة النقض تكون قد أقرت بشكل قاطع إخراج عقود العمل من مجال تطبيق قانون الإرادة وأخضعت هذه العقود لضابط إسناد مستمد من مركز إدارة العمل الرئيسى . وهو ضابط مزدوج ، بمعنى أنه لو كان مركز إدارة العمل فى مصر خضع العقد للقانون المصرى وإن كان مركز إدارة العمل فى دولة أجنبية خضع العقد لقانون هذه الدولة . غير أن القانون المصرى يختص مع ذلك بحكم عقد العمل بالرغم من وجود مركز الإدارة الرئيسى فى الخارج إذا كان عقد العمل قد تم إبرامه فى مصر عن طريق أحد الفروع (١).

ومركز الأعمال أو مركز الإدارة ، ينصرف إلى الشركة أو المنشأة الفردية ، فإن وجد للمنشأة الفردية مقر لإدارة أعمالها كان هذا مركز أعمال ، وقد يدل عليه ما اتخذ فى شأنه من إجراءات

(١) سامية راشد وغولا عبد المنعم رياض ص ٣٩٦ ومابعدها- هشام صادق

لشهر والسجل التجارى، لكن هذه الإجراءات ليست شرطا لوجوده،
إذ يكفى وجوده فى الواقع لسريان الأحكام المتقدمة .

فإذا لم يوجد مقر للمنشأة الفردية أو كان رب العمل شخصا طبيعيا ، تحدد مركز الأعمال بالمكان الذى يباشر فيه العمل المتعلق بالعقود التى أبرمها ، فرب العمل المصرى الذى يتعاقد فى مصر مع عمال لمقاولات البناء ، ويتوجه بهم إلى ليبيا للعمل بها ، فإن ليبيا تكون هى مركز أعمال للمقاولات ، ومن ثم تخضع هذه العقود للقانون الليبى ، كما يسرى ذات القانون على العقود التى يبرمها أثناء وجوده فى ليبيا .

وإذا وجد لرب العمل مقر فى مصر متعلق بنشاط آخر غير المقاولات ، فإن هذا المقر لايعتبر مركزا لأعماله المتعلقة بالمقاولات طالما كان هذا المقر منبث الصلة بهذه الأعمال فلم يتردد عليه العمال ولم تبرم به عقودهم^(١).

ويحكم للقانون الذى يخضع له عقد العمل كافة الدعاوى الناشئة عنه كدعوى التعويض عن الفصل التعسفى ومكافأة نهاية الخدمة وبدل الإنذار وتقدير الأجر والعلو وبذل الميزات العينية والإجازات^(٢).

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٦٧ .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٤٦٨ .

وقد قضت محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٧/٤/٥ سالف الذكر بأن :

" وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدنى لايجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجبة للتطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للأداب فى مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة ، ولايخل فى هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى أو مجرد التفضيل بينهما وكون القانون الوطنى أكثر فائدة - وإذ كان طرفا النزاع أمريكيين وتم التعاقد بينهما فى أمريكا والقانون الذى يحكم علاقة العمل بينهما هو القانون الأمريكى واستبعد الحكم المطعون فيه تطبيقه بحجة أن قانون عقد العمل الفردى المصرى من النظام العام فى مصر وهو يقضى بحق العامل بمكافأة نهاية الخدمة وأنه لايجوز تطبيق القانون الأمريكى على موضوع النزاع مادام ذلك القانون كما هو متفق عليه بين الطرفين لاينص على استحقاق العامل لمكافأة نهاية مدة الخدمة أو فى الطلبات الأخرى موضوع الدعوى " وأنه يلتفت عما أثارته الشركة من أنه ليس للعامل أن يختار أفضل النظامين " . فى حين أن فكرة النظام العام لا تتصل بالمقارنة التى يعقدها قاضى الدعوى - ومن عنده بين القانونين

الوطني والأجنبي وما يراه - هو - من أوجه المفاضلة والتفضيل بينهما ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " .

والفقه الحديث يعيب على اتجاه محكمة النقض تجاهه لخضوع عقود العمل لقواعد تنظيمية أمرة في التشريعات الأجنبية تهدف إلى حماية العمال للقواعد الخاصة بتحديد الأجور وتحديد ساعات العمل والإجازة بأجر . وهذه للقواعد تهدف الدولة إلى تطبيقها على كافة العمال داخل إقليمها بغض النظر عن مكان وجود مركز الأعمال أو انعقاد العقد . لذلك يرى فريق من الفقه المصري إخضاع الجانب التنظيمي في عقد العمل لقانون دولة محل تنفيذ عقد العمل نظرا لتعلق هذا الجانب بالأمن المبنى .

أما الجانب غير التنظيمي لعقد العمل فهو يخضع لقانون الإرادة وفقا للقاعدة العامة في العقود. ويرى فريق آخر من الفقه المصري الحديث تطبيق قانون الدولة التي يجرى فيها تنفيذ العمل في جميع الحالات ، أى سواء بالنسبة للجانب التنظيمي أو بالنسبة للجانب غير التنظيمي وسواء كان تنفيذ العمل في مصر أم في الخارج ، إذ من شأن هذه القاعدة كفاية وحدة القانون للمطبق على عقد العمل^(١).

(١) راجع هشام صديق ص ٣٨١ ومبهدا - سامية صديق وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٩٧ ومبهدا .

وأضاف بعض أنصار الرأي الأخير أن الأخذ بهذه القاعدة لا يصمم الأمر بالنسبة لعقود العمل التي يتم تنفيذها في عدة دول. وقد يقال بوجوب الأخذ في هذه الحالة بقانون الدولة التي يتم فيها التنفيذ بصفة أساسية . أما إذا تم التنفيذ في عدة دول على قدم المساواة فإنه لا مفر في هذه الحالة من تطبيق قانون مركز إدارة الأعمال بغض النظر عن مكان التنفيذ على النحو الذي قرره محكمة النقض المصرية في حكمها السابق^(١).

١٩٠- ثانيا - المسؤولية عن إصابات العمل في النظم الخاصة بالتأمينات الاجتماعية :

التعويض عن إصابات العمل ليس مصدره عقد العمل ، وإنما مصدره القانون . وهذا ما يستفاد من قضاء محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٣/١٢/٢٢ في الطعن رقم ٢٥٩ لسنة ٣٧ ق^(٢).

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم ريلض من ٣٩٨ .

(٢) فقد جاء به : " إذا كان قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ قد نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٥٩/٤/٧ وبدأ العمل بأحكامه اعتباراً من ١٩٥٩/٨/١ طبقاً للمادة السابعة من مواد إصداره . فإنه يفترض علم الكافة بهذا القانون من تاريخ نشره ، ولا يقبل من أحد الاعتذار بجهله لأحكامه ، ولما كان يبين من الاطلاع على الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه استند في قبول اعتذار المطعون ضده بجهله بأحكام القانون السالف الذكر إلى أن حكم قانون

ويذهب رأى إلى إخضاع المسؤولية عن إصابات العمل وأمراض المهنة لقانون الدولة التي جرى فيها تنفيذ عقد العمل، باعتبار أن العقد هو الأساس الحقيقي للالتزام بالتعويض في هذه الحالة. فالمسؤولية عن إصابات العمل هي مسؤولية عقدية تخضع لنفس القانون الذي يحكم عقد العمل .

ويرفض رأى ثان هذا للنظر لكون المسؤولية عن إصابات العمل لا تستند إلى العقد وإنما هي ترتكن إلى نصوص القانون التي فرضت على رب العمل التزاما بالتعويض مبناه فكرة المخاطر أو تحمل التبعة . وينتهي هذا الرأى بذلك إلى إسناد المسؤولية من إصابات العمل لقانون مكان وقوع الحادث .

التأمينات الاجتماعية في شأن سريان أحكامه على موظفى المكتب لم يكن جليا وإنما محل تأويل وتفسير مما لا يعتبر معه أن المطعون ضده قد تخلف عن الاشتراك لدى الهيئة للطاعة على عمال المكتب وموظفيه، وكان هذا المقرر الذى أسس عليه الحكم للمطعون قضاءه لا يقوم على سند من القانون إذ أن ادعاء المطعون ضدهم بعدم وضوح نص ذلك القانون فى خصوص حالته لا يمنع من انطباقه عليه من تاريخ العمل به إذا ما توفرت شروطه إعمالا لما هو مقرر من أنه لا يفترض فى أحد الجهل بالقانون، إذ كان ذلك وكان الحكم للمطعون فيه قد خالف هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه " .

وعلى هذا النحو تقرب المسؤولية عن إصابات العمل من المسؤولية للتقصيرية من حيث الحل الواجب الاتباع في شأن تنازع القوانين .

بينما ذهب رأى ثالث - نويده - إلى إخضاع المسؤولية عن إصابات العمل لقانون الدولة التي يجرى فيها تنفيذ العمل ^(١) . فإن نفذ العمل في مصر ، خضع للتعويض لقانون التأمين سواء كان العامل مصريا أو أجنبيا إذ يلزم للقانون أرباب الأعمال بالاشتراك الإجباري عن عمالهم ^(٢) .

١٩١- ثالثا : عقد القرض :

قضت محكمة مصر الجزئية المختلطة في ٨ نوفمبر سنة ١٩١٣ بأنه : " إذا كان محرر السند تحت الإنذ وحامله إيطاليين فليس لأول أن يتمسك ضد الثاني بالربا الفاحش طبقا للقانون المصري وذلك لأن القانون الإيطالي ، وهو القانون الواجب التطبيق في هذه المسألة ، لا يضع حدا أقصى للفائدة " ، وقد أقر بعض الفقهاء المصريين هذه الوجهة من النظر لأن " تحديد الربح أمر محلي يتعلق بالسياسة الاقتصادية المحلية وليس من الأمور العاسمة بالمبادئ العالمية التي تعتبر متصلة بالنظام العام بحيث

(١) هشام صادق ص ٣٨٩ وما بعدها - المستشار أنور طلبه ص ٤٦٨ .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٤٦٨ .

لا يسمح فيها بتطبيق قانون أجنبي يخالف تحديد القانون المحلى أو يكون خلافا عن التحديد^(١).

بينما ذهب رأى آخر^(٢) - نؤيده - إلى أنه يتعين على القاضى المصرى عدم تطبيق قانون الإرادة متى كانت مصر هى بلد الوفاء وكان من شأن تطبيقه مخالفة الحد الأقصى للفائدة فى القانون المصرى ، لأن هذا الحد إنما تقرر بمراعاة مقتضيات النظام العام، والأعمال التحضيرية للقانون المدنى تفيد هذا المعنى حيث جاء بها تطبيقا على المادة ٢٢٧ " وجعل المشروع الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية وفوائد التأخير ٧% ويراعى أن هذا الحكم يحد من حرية المتعاقدين فى الاتفاق على شروط جزائية متى حدد سعر اتفاقى لفوائد التأخير ، نزولا على ما يقتضيه النظام العام"^(٣).

١٩٢- رابعا : عقد نقل التكنولوجيا :

استحدث المشرع لأول مرة فى التشريع المصرى وفى قانون التجارة الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ تنظيمًا لعمليات نقل التكنولوجيا، نظرا لما للتكنولوجيا من أهمية بالغة فى العمليات الإنتاجية، ولما يعزى عمليات نقل التكنولوجيا على المستوى الدولى

(١) أبو هيف فى الدولى الخاص فقرة ٣٩٦ هامش (٢) .

(٢) عز الدين عبد الله ص ٤٤٩ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٨٣.

اليوم من مشاكل قانونية بسبب تضارب مصالح أطراف هذه العمليات ، واختلاف موازين القوى بينها ، ولما لهذه العمليات من تأثير مباشر على الاقتصاد القومى .

وقد استهدف المشرع حماية المصالح الوطنية ، دون المساس بالمصالح المشروعة للطرف المورد للتكنولوجيا ، وبحيث يضمن فى الوقت نفسه للمستورد استيعابا حقيقيا للتكنولوجيا، يكون أداة لتطوير الاقتصاد الوطنى وتعظيم قدراته على المنافسة فى أسواق التجارة الدولية^(١).

وقد عرفت المادة ٧٣ عقد نقل للتكنولوجيا بأنه :

" اتفاق يتعهد بمقتضاه (مورد التكنولوجيا) بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى (مستورد التكنولوجيا) لاستخدامها فى طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات ولا يعتبر نقلا لتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع . ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل تكنولوجيا ، أو كان مرتبطا به ."

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الجديد - مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد المجلد الثانى شرح المادة (٧٢) .

فمحل عقد نقل للتكنولوجيا هو نقل معارف فنية من المورد إلى المستورد مما يستخدم في إنتاج السلع أو الخدمات ، وسواء تعلقت هذه المعلومات بما يعرف بتكنولوجيا المنتج ، أى المعرفة التى تستهدف إنتاج معين ، أو تعلقت بتكنولوجيا العملية الإنتاجية ، أى التكنولوجيا الخاصة بطريقة الإنتاج^(١).

وقد نص للقانون فى المادة ٧٢ على أنه :

"١- تسرى أحكام هذا الفصل على كل عقد لنقل تكنولوجيا لاستخدامها فى جمهورية مصر العربية سواء أكان هذا النقل دوليا يقع عبر الحدود الإقليمية لمصر أم داخليا . ولاعبرة فى الحالتين لجنسية أطراف الاتفاق أو لمحال إقامتهم .

٢- كما تسرى أحكام هذا الفصل على كل اتفاق لنقل للتكنولوجيا يبرم بعقد مستقل أو ضمن عقد آخر " .

وعلى هذا النحو ينطبق التنظيم الموضوعى المباشر لعقد نقل التكنولوجيا ، والذى تضمنته المواد (٧٤ - ٨٧) من قانون التجارة الجديد، طالما كانت التكنولوجيا المنقولة بمقتضى العقد محلا للاستخدام فى جمهورية مصر العربية ، وذلك بصرف النظر عن كون هذا النقل داخليا أو دوليا، أى تم عبر الحدود الإقليمية لمصر ، ولاعبرة فى الحالتين لجنسية أطراف الاتفاق أو لمحال إقامتهم أو مكان إبرام العقد .

(١) مؤلفنا المشار إليه شرح المادة (٧٢) .

وقد حرصت الفقرة الأولى من المادة ٨٧ على تأكيد اختصاص المحاكم المصرية بالفصل فى المنازعات التى تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا للمشار إليه فى المادة ٧٢، أى التكنولوجيا محل الاستخدام فى مصر. كما أجاز النص لأطراف العقد أيضا الاتفاق على تسوية النزاع وديا أو بطريق تحكيم يجرى فى مصر وفقا لأحكام القانون المصرى .

ويلتزم كل من القاضى المصرى أو المحكم ، وفقا للمبادئ العامة فى القانون الدولى الخاص ، بالتطبيق المباشر للأحكام الموضوعية التى تضمنتها نصوص المواد من ٧٢ - ٨٧ من قانون التجارة على موضوع النزاع المطروح دون حاجة للالتجاء لقواعد الإسناد.

على أن المشرع قد تصور احتمال الرجوع إلى قواعد الإسناد، بما قد تودى إليه من تطبيق قانون أجنبى فيما لو كان العقد دوليا، فى شأن المسائل التى سكنت المواد ٧٢ وما بعدها عن تنظيمها.

وتجنباً لهذه النتيجة حرص على وضع قاعدة إسناد لمواجهة هذا الفرض تقضى بضرورة الرجوع فى شأن موضوع النزاع إلى أحكام القانون المصرى ، بل وإبطال كل اتفاق على خلاف ذلك (م ٨٧/٢ من قانون التجارة الجديد) .

ومفاد هذا النص هو أنه يتعين خضوع موضوع النزاع فى حالتنا لأحكام القانون المصرى ، ولو تعلق الأمر بمسألة لم تتناولها المواد ٧٢ وما بعدها من قانون التجارة الجديد بالتنظيم المباشر .

وهو ما يعنى الرجوع للمبادئ العلمية فى القانون المصرى ليا كان مصدرها ، دون أن يكون من حق المتعاقدين الاتفاق على تطبيق قانون أجنبى عملا بقاعدة الإسناد العلمية فى شأن العقود الدولية والمقررة فى المادة ١٩ مدنى (١).

١٩٢- الغش :

قد يلجأ المتعاقدان لعقد لايشتمل على عنصر أجنبى ويريدان الهرب من أحكام القانون الوطنى الأمرة ، إلى لصطناع العنصر الأجنبى فى العقد لإيجاد الصلة بينه وبين القانون الأجنبى الذى يختارانه ، كما لو سافر مصريان إلى إيطاليا لإبرام عقد قرض فيما بينهما والاتفاق على إخضاعه للقانون الإيطالى وذلك لمجرد الهرب من الأحكام الأمرة الخاصة بالفوائد فى القانون المصرى .

ويجرى رجال الفقه الفرنسى على تطبيق فكرة الغش نحو القانون فى هذه الحالة ، لأن أعمال سلطان الإرادة فى اختيار القانون الذى يحكم العقد يجب ألا يكون سوريا ، بل جديا وأمينا . وهذا المعنى هو ما يعبر عنه القضاء الإنجليزى بقوله " إن اختيار القانون الذى يحكم العقد يجب أن يكون " بحسن نية وشرعا " (٢).

(١) هشام صادق ص ٣٩٢ ومابعدا .

(٢) عز الدين عبد الله ص ٤٢٧ .

١٩٤- التصرف الوارد على العقار :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٩ تنص على أن يسرى على الالتزامات التعاقدية ، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا ، فإن اختلفا موطنًا ، سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه ثم لُردفت المادة في فقرتها الثانية على أن قانون موقع العقار هو الذي يسرى على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار مما مفاده أن كافة التصرفات التي تتعلق بعقار تخضع لقانون موقع العقار ، سواء كان من شأنها ترتيب حق عيني أصلي كحق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق ، أو ترتيب هذا الحق في الحال أو ترتيب مجرد التزامات أو حقوق شخصية ، كما يخضع شهر التصرف لذات القانون .

مادة (٢٠)

للعقود ما بين الأحياء تخضع فى شكلها للقانون البلد الذى تمت فيه ويجوز أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك .

الشرح

١٩٥- المقصود بالعقود ما بين الأحياء :

المقصود بالعقود ما بين الأحياء ، كافة التصرفات القانونية، ولايخرج منها سوى الوصية وماتر التصرفات التى تضاف إلى ما بعد الموت ^(١).

١٩٦- معنى شكل التصرفات القانونية :

شكل التصرفات هو المظهر الخارجى للإرادة فمن المعلوم أن الإرادة هى قوالم التصرفات القانونية فهى التى تتحرك نحو إنتاج أثر قانونى. غير أن الإرادة يجب إظهارها فى شكل ما حتى تصبح معطنة للكافة أو للغير على الأقل نظرا لما يترتب على ذلك من نتائج هامة كالإثبات وحجية التصرف القانونى بالنسبة للغير وغير ذلك .

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٩٥.

فمن اللازم إذن أن نفرق دائما بين العملية القانونية وبين مظهرها الخارجى الذى يأخذ شكل الكتابة أحيانا أو الكتابة وبعض العناصر الخارجية ومن أمثلة ذلك ، إذا كان يجب أن يحرر العقد من أكثر من صورة أو يكون ثابت التاريخ أو يكون رسميا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان عقد البيع فى القانون المدنى المصرى - على ما أفصحت عنه المادة ٤١٨ منه - عقدا رضائيا ، إذ لم يشترط القانون لانعقاده شكلا خاصا بل ينعقد بمجرد تراضى المتبايعين وسواء كان فى حقيقته بيعا أو استرهبه، فإن الوكالة فى البيع تكون بدورها رضائية ولا تستوجب شكلا خاصا لانعقادها عملا بالمادة ٧٠٠ منه ، وبالتالي فإن الوكالة فى البيع تخضع فى شكلها الخارجى لقانون محل إبرامها " .

(طعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/١٧)

١٩٧- التمييز بين شكل التصرفات وبعض صور الأشكال الأخرى :

بجانب شكل التصرفات الذى أشرنا إليه فى البند السابق وهو الذى يعنينا هنا ، توجد أشكال أخرى تخضع لقوانين غير القانون الذى يحكم شكل التصرفات القانونية ومنها ما يأتى :

١- الأشكال المكملة للأهلية :

يطلق اصطلاح الأشكال المكملة للأهلية على ما يلزم اتخاذه حتى يتمكن ناقص الأهلية لو نأب عنه من مباشرة التصرف الإرادى . كالإذن للقاصر بمزاولة التجارة والإذن للوصى بالتصرف فى مال القاصر تصرفا ناقلا للملكية أو مرتبا لحق عيى ، ومن أمثلتها فى بعض التشريعات ضرورة حصول الزوجة على إذن من زوجها للقيام ببعض التصرفات أو الحصول على إذن من مجلس العائلة لنفس الغرض .

وهذا يخضع وفقا لقواعد الإسناد فى القانون المصرى لقانون جنسية الشخص الواجب حمايته .

٢- الأشكال المتعلقة بذات التصرف :

وتشمل الأشكال الجوهرية والتي تعتبر ركنا فى انعقاد التصرف كالرسمية فى الرهن التأمينى (الرسمى) وفى هبة العقار فتخضع للقانون الذى يرجع إليه الفصل فى التصرف من حيث الموضوع.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويراعى أن اختصاص القانون الذى يسرى على الشكل وفقا لأحكام الفقرتين المتقدمتين لايتناول إلا عناصر "الشكل" الخارجية أما الأوضاع الجوهرية فى الشكل وهى التى تعتبر ركنا فى انعقاد التصرف كالرسمية فى الرهن التأمينى فلا يسرى عليها إلا القانون

الذى يرجع إليه للفصل فى التصرف من حيث الموضوع...
الخ»^(١).

٣- الأشكال اللازمة للإشهار :

يراد بالأشكال اللازمة لإشهار التصرف الأوضاع التى يحددها القانون ويوجب مراعاتها لإعلام الغير بالتصرف والاحتجاج به عليه. والقانون يوجب مراعاة هذه الأشكال ليس بناء على اعتبار عملى يحقق مصلحة خاصة للمتعاقدين - هذا الاعتبار الذى تقوم عليه قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه - وإنما بناء على اعتبار تحقق مصلحة عامة هى سلامة المعاملات مما يدخل فى نطاق الأمن المدنى .

ولذلك فإن هذا الشكل يخضع لقانون موقع العقار أو قانون العلم بالنسبة للسفن والطائرات ، أما غيرها من المنقولات فتخضع لقانون الموقع الفعلى ، وبالنسبة للحوالة ورهن الدين قانون موطن المدين باعتبار أن الدين منقول معنوى يحدد موقعه للفعلى بموطن المدين.

٤- الأشكال المتعلقة بالتنفيذ :

تشمل هذه الأشكال الإجراءات (المرافعات) والأحكام وطرق التنفيذ وتخضع لقانون المكان الذى ينفذ فيه التصرف وهو فى الغالب قانون القاضى^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج-١ ص ٢٩٦ .

(٢) جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٠١ - المستشار أنور طلبه ص ٤٧٢ .

١٩٨- القانون الذى يحكم شكل التصرفات القانونية :

تحديد القانون الذى يحكم شكل التصرفات القانونية من الأهمية بمكان لاختلاف التشريعات فى تحديد العناصر الخارجية المظهرة للإرادة والمعلنة لها ، فتمة تشريع يعتبر بعض العناصر متممة للأهلية وتشريع آخر يعتبرها متعلقة بالشكل الخارجى وثالث يعتبرها متعلقة بالعلانية وتشريع غير هذه جميعا يعتبرها ركنا من أركان العقد .

والمادة (٢٠) تحدد القانون الذى يخضع له شكل التصرفات القانونية طبقا لثلاثة قوانين هى :

- ١- قانون البلد الذى تمت فيه العقود . وهو الأصل .
 - ٢- القانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية .
 - ٣- قانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك .
- والمقصود بقانون البلد الذى تمت فيه العقود، هو قانون الجهة التى تمت فيها العقود بحيث إذا تمت وفقا لأحكام هذا القانون فإنه يكون صحيحا لافى هذه الجهة فحسب بل وفى سائر الدول الأخرى أيضا .

غير أن نطاق هذه القاعدة ليس مطلقا وإنما يخضع لقيدين :
(القيد الأول) بالنسبة للعقود المتعلقة بالعقارات ، إذ يجب أن تخضع للشكل المقرر فى قانون موقع هذه العقارات وبخاصة إذا كانت

ترمى إلى إنشاء حقوق عينية عليها أو نقل هذه الحقوق أو انقضائها، وهذا القيد يقره غالبية الكتاب كما تنص عليه صراحة بعض التشريعات كالنشرية الألمانية والعراقى.

وهذا القيد يجب العمل به فى مصر بالرغم من عدم النص عليه وذلك لاعتبارات عملية ونظرية فى آن واحد . فالعقود الخاصة بإنشاء حقوق عينية على عقارات فى مصر أو نقلها ... إلخ ، يجب تسجيلها عملاً بقانون الشهر العقارى ومن ثم فيجب أن تتم وفقاً للشكل المقرر فى مصر ، ومن ناحية أخرى فإن إعمال قانون موقع العقار بالنسبة لشكل هذه العقود من شأنه أن يحقق ما هدف إليه المشرع المصرى من وحدة القانون الذى يطبق على هذه العقود. إذ أن هذا القانون نفسه هو الذى يحكمها من حيث الصحة والآثار وقد نص على ذلك صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ١٩ من القانون المدنى المصرى إذ تقول " ... إن قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت فى شأن هذا العقار " وأكثر من ذلك فقد كان هذا القيد منصوصاً عليه صراحة فى مشروع القانون المدنى لولا أنه رُوى فى لجنة المراجعة حذف النص الذى يتضمنه " لعدم الحاجة إليه " ^(١). فقد جاء فى المادة ٥١/٣ (وهى المادة التى أصبحت برقم ٢٠ فى القانون) ما نصه " على أنه إذا كانت

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٩٧ .

العقود التى من شأنها إنشاء حقوق عينية أو نقلها أو انقضاؤها واجبا إشهارها فبراعى فى شكلها وفى إجراءات إشهارها قانون البلد الذى تقع فيه الأشياء التى تترتب عليها تلك الحقوق " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي تعليقا على هذا النص أن المشروع قد أورد استثناء " يتعلق بالعقود التى يكون من شأنها إنشاء حقوق عينية أو نقلها أو انقضاؤها ويكون من الواجب شهرها وهذه يراعى فى شكلها وفى إجراءات شهرها قانون موقع المال الذى يرد عليه الحق العيني (فقرة ٣) وقد توسط المشروع فى هذا النص بين أحكام المادة ١١ من قانون إصدار التقنين الألمانى والمادة ١٦ من التقنين الإيطالى الجديد ولم يخضع لحكمه إلا التصرفات المرتبة للالتزام بإنشاء حق عيني أو نقله أو تغييره أو زواله على أن تكون هذه التصرفات مما يجب شهره " (١).

(الفرد الثقلنى) أنه لامحل للتمسك بهذه القاعدة إذا كان الشكل مخالفا للنظام العام فى مصر . أو إذا تبين أن أعمال هذه القاعدة قد تحقق على سبيل الغش نحو القانون (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٩٧ .

(٢) جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٠٥ ومابعدا .

١٩٩- حق المتعاقدين فى اختيار أى من القوانين المنصوص عليها بالمادة :

مؤدى نص المادة ٢٠ أن المشرع أخذ بقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه وجعلها القاعدة العامة ، إلا أنه للمتعاقدین اختيار أى قانون من القوانين الأخرى الواردة بها ، وهى القانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية وقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تخضع أشكال العقود والتصرفات لقانون البلد الذى أبرمت فيه . فإذا كان التوكيل المقدم من الشركة الطاعنة قد وثق بمعرفة السلطات الرسمية بيوغسلافيا وصدقت عليه وزارة الخارجية بها والفصلية المصرية ببلغراد عملاً بالمادة ١٤/٦٤ من القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤- واعتمدت السفارة اليوغسلافية بالقاهرة ترجمة التوكيل إلى اللغة العربية بما يطابق اللغتين الأجنبيةتين اللتين حرر بهما ثم صدقت وزارة الخارجية المصرية على إمضاء سكرتير السفارة المذكورة، وكانت المطعون عليها لم تبد أى اعتراض على إجراءات توثيق التوكيل فى الخارج أو على ما يتضمنه هذا التوكيل أو على الترجمة الرسمية المدونة به فإن

هذا التوكيل وقد استكمل شرائطه الشكلية والقانونية يكون حجة في إسباغ صفة الوكالة للمحامى الذى قرر بالطعن " .

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٢/٧)

٢- " مؤدى نص المادة ٢٠ من القانون المنفى أن المشرع أخذ بقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه وجعلها القاعدة العامة ، على أن للمتعاقدین اختيار أى قانون من القوانين الأخرى الواردة بها ، واختصاص القانون الذى يسرى على الشكل لايتناول- على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - إلا عناصر الشكل الخارجية ، أما الأوضاع الجوهرية فى الشكل وهى التى تعتبر ركنا فى انعقاد التصرف كالرسمية فى للرهن التأمينى. فتخضع للقانون الذى يحكم موضوع التصرف وليس لقانون محل إبرامه ، ومن ثم فإن الشكلية التى تقضى لإثبات التصرف تخضع لقانون محل إبرامه وعلى هذا فإذا استلزم القانون الذى يحكم موضوع التصرف الكتابة لإثباته ولم يستلزمها قانون محل إبرامه تعين الأخذ بهذا القانون الأخير " .

(طعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/١٧)

٣- " أشكال العقود والتصرفات - وعلى ما يجرى به قضاء النقض - يخضع لقانون البلد الذى أبرمت فيه ، لما كان ذلك فإنه

لأوجه للتنزع بشأن عقد الوكالة الصادر في قبرص بأحكام قانون الشهر العقاري المصرى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٢/١٢)

٢- " متى كان الـبين من الرجوع إلى التوكيل المقدم من المطعون عليها الأولى أنه تم في قبرص وحرر باللغة الإنجليزية وقد صدقت السلطات الرسمية المختصة بلأرنكا بجزيرة قبرص على توقعات الموكلين وتلا ذلك تصديق قنصلية جمهورية قبرص بالقاهرة ثم تبعه تصديق مديرية أمن القاهرة على صحة ختم القنصلية في ٥ يونيو سنة ١٩٦٥ فإن هذا التوكيل يعتبر حجة في إسباغ صفة الوكالة للمحامى الحاضر عن المطعون عليها الأولى، لا يغير من ذلك أنه جاء خلوا من تصديق القنصل المصرى بجمهورية قبرص وفق المادة ١٤/٦٤ من قانون نظام السلكين الدبلوماسى والقنصلى رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ ، لأن ما يجرى به هذا النص وإن خول اختصاصا لأعضاء البعثات الدبلوماسية المصرية بالتصديق على الإمضاءات الموقع بها على المحررات الصادرة من سلطات البلاد التى يؤدون فيها أعمالهم إذا كان الغرض منها الاحتجاج بها أمام السلطات المصرية ، إلا أنه لا يرتب - أو أى نص آخر - جزاء على تخلفه طالما كانت التوقعات مصدقا عليها من السلطة المختصة فى جهة إصدارها

ومصدقا أيضا على صحة توقيع هذه السلطة الأمر الذى يضمن سلامة الإجراءات ، خاصة ولم يقدم الطاعنون دليلا على أن الشكل الذى أفرع فيه التوكيل موضوع النعى هو غير الشكل للمطى فى مقاطعة لارنكا بجزيرة قبرص .

(طن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٢/١٢)
٢٠٠- اختصاص القناصل بإعطاء الشكل للتصرف :

راجع بند (١٤٢) .

٢٠١- خضوع إثباتات التصرف لقانون الشكل :

إثباتات التصرف القانونى يخضع للقانون الذى يحكم شكله ، فإن تطلب هذا القانون الكتابة للإثبات بينما كان قانون القاضى أو القانون الذى يحكم الموضوع لا يتطلبها ، تعين الأخذ بالأول والعكس صحيح.

ويخضع لذلك للطرق المقررة فى الإثبات وطبيعتها وشروط التمسك بها والدفع المتعلقة بها وقوة الدليل المستمد منها ، ويقع عبء إثبات هذه الأحكام على عاتق من يتمسك بها باعتبار أن القانون الأجنبى من الوقائع الواجبة للإثبات^(١) .

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٠٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المحررات الرسمية التي تقوم بنوثيقها الجهات القنصلية في مصر وفقا لقوانين الدول التي تتبعها تلك الجهات ، تعتبر محررات رسمية أجنبية فيكون لها بهذه المثابة حجيّتها في الإثبات ولكنها لا تتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد شمولها بالأمر بالتنفيذ " .
(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/١٢/٤)

مادة (٢١)

- ١- يسرى على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام .
- ٢- على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التى تحدث فى الخارج وتكون مشروعة فى مصر وإن كانت تعد غير مشروعة فى البلد الذى وقعت فيه " .

الشرح

٢٠٢- المقصود بالالتزامات غير التعاقدية :

المقصود بالالتزامات غير التعاقدية التى يسرى عليها قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام التى تتناولها المادة ، هو الالتزامات التى تنشأ عن الفعل الضار (المسئولية التقصيرية) وعن الفعل النافع (الإثراء بلا سبب) . فهى لا تمتد إلى الالتزامات التى يكون مصدرها الإرادة المنفردة ، إذ يخضع الالتزام الناشئ عنها لقانون هذه الإرادة .

كما لا تمتد إلى الالتزامات التى يكون مصدرها المباشر هو القانون، حيث تخضع الالتزامات التى تنشأ عنه وحده، مباشرة إلى النصوص القانونية التى أنشأتها .

وتختلف هذه النصوص باختلاف الأحوال، فقد تكون نصوص قانون موقع المال إذا تعلق الأمر بالتزامات الجوار التي يفرضها القانون فرضاً دون دخل لإرادة الأفراد ، وقد تكون نصوص قانون الجنسية إذا تعلق الأمر مثلاً بالتزامات النفقة بين الأقارب أو التزامات الأوصياء والوكلاء .

وقد تكون القانون الذى يحكم آثار الزواج إذا كانت النفقة نفقة زوجته^(١).

وهذا المعنى واضح تماماً فى منكرة المشروع التمهيدى إذ جاء بها :

"وتتخصر القاعدة العامة فى خضوع الالتزامات غير التعاقدية بوجه عام سواء أكان مصدرها الفعل الضار أم الإثراء دون سبب مشروع لقانون البلد الذى وقعت فيه الحادثة المنشئة للالتزام . ولا تدخل الالتزامات المترتبة على نص للقانون مباشرة فى نطاق النص لأن القانون نفسه هو الذى يتكفل بتقريرها وتعيين من يلتزم بها دون أن يضع لذلك ضابطاً معيناً أو قاعدة عامة"^(٢).

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٨٩ وما بعدها - المستشار الدكتور محمد شتا ص ٢٢٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٠٠ وما بعدها .

وتحديد ما إذا كانت المسؤولية محل النزاع هي مسؤولية عقدية تخضع لقانون العقد (م ١٩ منى) أم مسؤولية تقصيرية ينطبق في شأنها القانون للمحلى (م ٢١ منى) هي مسألة تكليف أولى يتوقف على الفصل فيها تحديد للقانون الواجب للتطبيق ، ومن ثم فهي تخضع بهذا الوصف لقانون القاضى (القانون المصرى) وفقا للمادة العاشرة من القانون المنى .

ويشير الفقه إلى أن المسؤولية المترتبة على رفض التعاقد المقترن بخطأ تقصيرى هي مسؤولية تقصيرية وليست عقدية (١).

٢٠٣- قانون الإسناد (القانون المحلى) :

يسرى على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام أى القانون للمحلى .

وتطبيق القانون المحلى هنا أمر طبيعى ، فليس فى الإمكان تركيز العلاقات القانونية فى هذا الخصوص لأبصب موضوعها بحيث يمكن إخضاعها للقانون الإقليمى إذ أن هذا الموضوع هو حق دائنيه ، والديون تفرق عن الأموال المادية ، ولأبصب أطرافها لأنها علاقات تتصل بأمر مالية ولا تتعلق بالأفراد إلا بطريقة غير مباشرة وعبر تصرفاتهم وأفعالهم ، ولذلك يجب أن يتم تركيزها بأبصب سببها المنشئ أى للحادثة القانونية التى تولدها أو

(١) مشام صلاق ص ٤٣٣ .

بعبارة أخرى الفعل الضار أو الإثراء بلا سبب . ومن ناحية أخرى فإن التشريعات الصادرة في هذا الخصوص إنما تهدف إلى تحقيق نوع من التوازن بين حقوق طرفي العلاقة ، ومن ثم فلكي تحقق غايتها يجب أن تسرى على كافة الحوادث التي حصلت في أرجائها بصرف النظر عن جنسيتهما أو موطنهما وعن المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى ، يضاف إلى هذا وذاك أن كلا من الخطأ في حالة المسؤولية التقصيرية والجزاء الذي يربته القانون في حالة الإثراء دون سبب له جانباه أو طابعه المعنوي أو الأبي . ولذلك فإن تقدير هذا أو ذاك يجب أن يتم وفقاً لظروف البيئة التي حدث فيها الفعل أو تم فيها العمل . وفي النهاية فإذا كانت الدولة لا تتمتع في الوقت الحاضر بحرية رد الأجانب عن بلادها أو إبعادهم منها بلا قيد ولا شرط ، بل تلتزم على العكس بفتح أبواب الحياة المدنية أمامهم ، وتعمل كما تعمل بالنسبة للوطنيين ، على تأمين إقامتهم وترتيب المسؤولية المدنية على الأعمال التي تصيبهم ، فإن لها في نظير ذلك ، وحتى تستطيع للقيام بالتزاماتها المسالفة أن تطبق عليهم الأنظمة والقواعد القانونية المختلفة التي وضعتها في هذا الصدد (١) .

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٩٠ ومابعدا .

٢٠٤- نطاق القانون المحلى :

يحكم قانون محل وقوع الفعل أركان المسؤولية كما يحكم آثار هذه المسؤولية .

فهو يفصل فى أركان المسؤولية ومنها أهلية الشخص للمساءلة عن فعله الضار رغم عدم توافر أهلية المتعاقد ، كما يختص بالفصل فى آثار هذه المسؤولية ومداها .

ففى مسؤولية الشخص عن عمله يرجع إلى القانون المحلى فى بيان أركان هذه المسؤولية ، فيرجع إليه فى تحديد فكرة الخطأ ومعرفة ما إذا كان الإدراك وأهلية المساءلة عن الفعل الضار ركنا فيه أم لا .

وإخضاع أهلية المساءلة عن الفعل الضار المحلى لاعتبار خروجها على قاعدة إخضاع الأهلية للقانون الشخصى ، وذلك لأن أهلية المساءلة عن الفعل الضار ليست فى الحقيقة من الأهلية (بمعنى صلاحية الشخص لمباشرة التصرف الإرادى) فى شئ ، بل هى عبارة عن مجرد عنصر من عناصر المسؤولية التقصيرية وهى تتحدد فى القانون المصرى بالتمييز^(١) .

وكذلك تحديد معنى الضرر وأنواعه ، وعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر .

(١) عز الدين عبد الله ص ٥١٢ وهامش (١) .

وتخضع المسؤولية أيا كانت صورتها ، من حيث أثارها للقانون المحلى كذلك ، فهو الذى يبين من له الحق فى التعويض ومن يلتزم به (طرفا دعوى المسؤولية) وهو الذى يبين فى حالة تعدد المسؤولين عن التعويض ، ما إذا كانت مسؤوليتهم بغير تضامن أم بالتضامن أو مسؤولية مجتمعة .

ويرجع إلى هذا القانون أيضا فى بيان جزاء المسؤولية وهو التعويض ، من حيث طريقة التعويض وكيفية تقديره ، وهل يكون بالتفويض العينى أم يكون تعويضا نقديا أو غير نقدي . وإذا كان تعويضا نقديا فهل يؤدى مرة واحدة أم مقسطا أم فى صورة إيراد مرتب مدى الحياة ، وهل يقاس التعويض بالضرر المباشر وحده أم به وبغيره ^(١).

على أن بعض التشريعات يضع على جزاء المسؤولية قيودا من قانون القياضى فى حدود مختلفة ، ومثله ما جاء فى القانون اليابانى (م ١١ من القانون الملحق بالتقنين المدنى) من أنه يجوز للمضرور من عمل غير مشروع وقع فى الخارج أن يطالب بالتعويض عما لحقه حسب ما هو مقرر فى القانون اليابانى، وما جاء فى القانون الألمانى (م ١٢ من قانون إصدار التقنين المدنى) من أنه لايجوز

(١) سامية راشد وفواد عبد المنعم رياض ص ٤١٧ ومابعدها - عز الدين

عبد الله ص ٥١١ ومابعدها .

مطلبية الألمانى عن عمل غير مشروع ارتكبه فى الخارج بأكثر من الحقوق المقررة فى القانون الألمانى .

وقد لاحظ المشرع المصرى حكم هذين القانونين ونقل عنهما حكم الفقرة الثانية من المادة ٥٠ من المشروع ولتى جاء بها : "أما إذا كانت هذه الوقائع التى حدثت فى الخارج تعتبر غير مشروعة فى مصر فليس للمصاب مع ذلك أن يطالب بتعويض أكبر مما يخوله إياه القانون المصرى فى مثل هذه الحالة " ، وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى تعليلا لهذه الفقرة أنه : " لأن مدى التعويض عن الأفعال غير المشروعة يتعلق بالنظام العام ^(١) ، وقد حذفت لجنة المراجعة هذه الفقرة لأنها تقرر أحكاما تفصيلية ^(٢) " .

ويرى الفقه أن المشرع أحسن صنعا بهذا الحذف لأن تقدير مدى التعويض ليس من النظام العام فى شئ والراجع فقها وقضاء فى بلاد للقلرة الأوربية وفى الولايات المتحدة الأمريكية هو إخضاع الحق فى التعويض وطريقة وكيفية تقديره للقانون المحلى دون قانون القاضى .

كذلك يختص القانون المحلى بحكم أركان الإثراء بلا سبب وآثره ، فهو الذى يبين معنى الإثراء ومعنى الافتقار ومعنى انعدام

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٠٠ ومابعدا .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٠١ .

السبب . كذلك يرجع إلى القانون المحلى لبيان أحكام الإثراء وخاصة مقدار التعويض : هل هو قيمة الإثراء أم قيمة الافتقار أم أقل القيمتين . كذلك يبين القانون المحلى شروط رد ما دفع بغير حق وما يجب رده .

كما يبين أركان الفضالة والتزامات كل من الفضولى ورب العمل ونطاق كل منهما وأحكامه^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" بعد أن بسط المشروع أحكام الالتزامات التعاقدية فى النصوص المتقدمة عرض فى المادتين ٤٩ ، ٥٠ للالتزامات غير التعاقدية فضمن الأول القاعدة العامة وخص الثانية بتفاصيل تتعلق بالفعل الضار ويختص هذا القانون بالفصل فى أركان المسؤولية ومنها أهلية الشخص للمساءلة عن فعله الضار رغم عدم توافر أهلية التعاقد له كما يختص بالفصل فى آثار هذه المسؤولية ومداها ولا تدخل الالتزامات المترتبة على نص القانون مباشرة الخ " (٢).

(١) هشام صادق ص ٤٦١ وما بعدها - سامية راشد وفؤاد عبد المنعم

رياض ص ٤١٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٠٠ .

٢٠٥ - المسؤولية عن عمل الغير :

فى مسؤولية الشخص عن عمل غيره ، يبين القانون المحلى ما إذا كانت هذه المسؤولية تقوم على الخطأ أم تقوم بدونه ، وإذا كانت تقوم على الخطأ فهل هو خطأ مفروض يقبل إثبات العكس أم خطأ مفروض لايقبل إثبات العكس .

وتخضع المسؤولية أيا كانت صورتها ، من حيث آثارها كذلك للقانون المحلى ، فهو الذى يبين من له الحق فى التعويض ومن يلتزم به (طرفا دعوى المسؤولية) وهو الذى يبين فى حالة تعدد المسؤولين عن التعويض ، ما إذا كانت مسؤوليتهم بغير تضامن أم بالتضامن أم مسؤولية مجتمعة ويرجع إلى هذا القانون أيضا فى بيان جزاء المسؤولية وهو التعويض ، من حيث طريقة التعويض وكيفية تقديره ، وهل يكون بالتنفيذ العينى أم يكون تعويضا نقديا أم غير نقدي ، وإذا كان تعويضا نقديا فهل يؤدى مرة واحدة أم مقسما فى صورة إيراد مرتب مدى الحياة ، وهل يقاس التعويض بالضرر المباشر وحده أم به وبغيره .

٢٠٦ - الفعل الضار غير مشروع فى مصر :

ننص الفقرة الثانية من المادة (٢١) على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار ، لاتسرى أحكام الفقرة السابقة

على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في مصر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه .

ومفاد ذلك أنه يشترط لتطبيق القانون في مصر على واقعة حدثت بالخارج أن تكون هذه الواقعة غير مشروعة في مصر ، فإن كانت الواقعة غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه ، ولكنها مشروعة في مصر ، فإن المسؤولية المدنية والجنائية تنقضى عن مرتكب الفعل ، لأن إلحاق وصف المشروعية بواقعة من الوقائع أو نفي هذا الوصف عنها أمر يتعلق بالنظام العام^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" وتورد المادة استثنائين يتعلقان بالمسؤولية عن الأفعال الضارة فتنص في الفقرة الأولى على أن أحكام المادة السابقة لا تسرى فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن هذه الأفعال على الوقائع التي تحدث في الخارج والتي تكون مشروعة في مصر وإن عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه لأن إلحاق وصف المشروعية بواقعة من الوقائع أو نفي هذا الوصف عنها أمر يتعلق بالنظام العام"^(٢).

(١) عز الدين عبد الله ص ٥٠١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٠١ .

وإذ جاء نص الفقرة الثانية من المادة ٢١ خلوا من استثناء بالنسبة للفعل النافع ، فإنه يتعين للرجوع فى هذا الصدد إلى القواعد العامة المقررة فى القانون الدولى الخاص ، فإن كان هناك دفع لغير المستحق ، وكان القانون الأجنبى الواجب التطبيق لايجيز الرد بينما يجيزه قانون القاضى ، تعين على القاضى استبعاد القانون الأجنبى وتطبيق قانونه استنادا للدفع بالنظام العام والدفع بالمصلحة الوطنية^(١).

٢٠٧- استبعاد القانون الأجنبى إذا خالف النظام العام :

لايعمل بقاعدة الإسناد المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٢١ إذا كانت مخالفة للنظام العام ، بمعنى أن القانون الأجنبى لايطبق إذا كان مخالفا لقاعدة من قواعد النظام العام فى مصر ، وذلك عملا بالمادة ٢٨ مدنى التى تقضى بأنه : "لايجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة ، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر" .

وتطبقا لذلك قضت محكمة النقض باستبعاد القانون الإيرانى الواجب التطبيق بوصفه قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام نظرا لأن أحكامه لاتجيز مساعلة الأشخاص الاعتبارية عما يسند إليها من أعمال غير مشروعة لتعلق هذه المسألة بالأصول العامة

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٨٧ .

التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والاقتصادي في مصر ولكونها
بالتالي من المسائل المتعلقة بالنظام العام .

إذ جرى قضاؤها في الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٢٩ ق بتاريخ
١٩٦٤/٦/٢٥ على أن :

" تنص المادة ٢٨ من القانون المنى على أنه " لا يجوز تطبيق
أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام
مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر " ومؤدى ذلك نهى القاضى
عن تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس
الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية فى الدولة مما
يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع . وإذ كان الاعتراف بالأشخاص
الاعتبارية وتقرير مساهلتها منيا عما يسند إليها من أعمال غير
مشروعة يعتبر من الأصول العامة التى يقوم عليها النظام
الاجتماعى والاقتصادى فى مصر وتعتبر بالتالى من المسائل
المتعلقة بالنظام العام فى معنى المادة ٢٨ المشار إليها فإن الحكم
المطعون فيه إذا استبعد للقانون الإيرانى وطبق أحكام القانون
المصرى لما تبينه من أن القانون الأول لايجز مساهلة الشخص
الاعتبارى عن الفعل الضار فإنه لا يكون مخالفا للقانون ، ولا يقدح
فى صحته ما جاء بالملكرة الإيضاحية تعليقا على قاعدة الإسناد
المنصوص عليها فى المادة ٢١ من القانون المنى من أن القانون

الأجنبي يختص بالفصل في أهلية المساملة عن الفعل الضار ذلك
أن القانون الأجنبي يتمتع تطبيقه عملاً بالمادة ٢٨ مدنى كلما كان
حكمه فى شأن المسؤولية أو فى شأن شرط من شروطها مخالفا
للنظام العام " .

كذلك حكمت محكمة النقض باستبعاد القانون الأجنبي إذا كان
لايعرف القاعدة المقررة لمسؤولية المتبوع عن أعمال التابع غير
المشروعة إذ يهدف المشرع من تقرير مسؤولية المتبوع عن أعمال
التابع الغير مشروعة إلى سلامة العلاقات فى المجتمع مما يعد من
الأصول العامة التى يقوم عليها النظام الاجتماعى والاقتصادى فى
مصر .

فقضت فى الطعن رقم ٢٢ لسنة ٣٤ ق بتاريخ ١١/٧/١٩٦٧
بأن :

١- (أ) - " تنص المادة ٢٨ من القانون المدنى على أنه : "لايجوز
تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه
الأحكام مخالفة للنظام العام أو للأداب فى مصر " . ومودى هذا
النص - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو نهى القاضى
عن تطبيق القانون الأجنبى كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس
الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الأخلاقية فى الدولة مما
يتعلق بالمصالح الجوهرية للمجتمع " .

(ب) - تقوم مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة - وعلى ماجرى به قضاء محكمة النقض - على أساس الخطأ المفترض من جانب المتبوع كتقصيره فى مراقبة من عهد إليهم بالعمل لديه وتوجيههم مما مؤداه اعتبار مسؤولية المتبوع قائمة بناء على عمل غير مشروع ، ومقتضى المادة ٢١٧/٣ من القانون المدنى هو عدم جواز الاتفاق سلفا على الإغفاء من المسؤولية عن العمل غير المشروع . فإذا كان هدف المشرع فى تقدير مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة هو سلامة العلاقات فى المجتمع مما يعد من الأصول العامة التى يقوم عليها النظام الاجتماعى والاقتصادى فى مصر ، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذ اعتبر القاعدة المقررة لمسؤولية المتبوع عن أعمال التابع غير المشروعة من المسائل المتعلقة بالنظام العام فى معنى المادة ٢٨ من القانون المدنى ورتب على ذلك استبعاد تطبيق القانون الفلسطينى الذى لاتعرف نصوصه هذه للمسؤولية وطبق أحكام القانون المصرى فى هذا الخصوص " .

٢٠٨- تحديد المقصود بمحل وقوع الفعل أو القانون المحلى فى بعض الحالات :

قد يدق الأمر فى بعض الحالات فى تحديد محل وقوع الفعل أو القانون المحلى ، ونعرض لذلك فيما يأتى :

١- تفرق عناصر الواقعة القانونية في أكثر من دولة :

قد تتفرق عناصر الواقعة القانونية ولا تقع جميعها في نفس الدولة في أحد فرضين :

(الفرض الأول) هو أن تكون الوقائع المكونة للفعل الضار موزعة بين عدة دول ، كما لو كان الفعل الضار حادث نتج عن أفعال تم ارتكابها في أكثر من دولة .

وقد ذهب واضعو المجموعة الأمريكية المعروفة باسم Restatement إلى وجوب الاعتداد في هذه الحالة بالمكان الذي تحققت فيه آخر واقعة ترتب عليها وقوع الضرر باعتبار أن هذه الواقعة تمثل السبب الأكثر صلة بالعلاقة أو الالتزام من الناحية الزمنية .

غير أن الفقه الفرنسي يرى وجوب الاعتداد في تحديد محل وقوع الفعل بالمكان الذي تحققت فيه الواقعة الرئيسية لتي ترتب عليها الضرر (١).

وهو ما نرى الأخذ به .

(الفرض الثاني) هو أن يقع الخطأ في دولة ويتحقق الضرر في دولة أخرى . ومثال ذلك القيام بتقليد إحدى المنتجات في دولة لعرضها في أسواق دولة أخرى . والقيام بالتشهير بشخص في دولة

(١) سامية راشد وفواد عبد المنعم رياض ص ٤١٠ ومابعدا .

فبترتب على ذلك الإضرار بسمعته في دولة أخرى . أو بأن يضع شخص قبلة زمنية في طائرة ثم تنفجر في دولة أخرى .

ويثور التساؤل في مثل هذه الفروض عن القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المترتبة على الفعل الضار . هل هو قانون الدولة التي وقع فيها الخطأ ، أم الدولة التي تحقق فيها الضرر . إذ لم يقطع المشرع المصري في المادة ٢١ السالفة الذكر برأى دون آخر في هذه المشكلة إذ نص على الاعتماد بقانون " البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام " ومن المعلوم أن الالتزام لا ينشأ إلا بتوافر عنصرى الخطأ والضرر ورابطة السببية بينهما .

وقد أكدت مذكرة المشروع التمهيدي هذا المعنى بقولها :
"وبراعى أن المشروع لم يتعرض لحسم الخلاف المستحکم في الفقه فيما يتعلق بتعيين " البلد الذي وقعت فيه الحادثة للمنشئة للالتزام " عند تعدد عناصر هذه الحادثة بل ترك كل ذلك لاجتهاد القضاة".

ويرى فريق من الفقه المصري وجوب الاعتماد بمكان وقوع الخطأ ذلك أنه مهما قيل من أن عناصر المسؤولية لا تتكامل إلا بوقوع الضرر ، فمما لا شك فيه أن الخطأ هو العمد الرئيسى الذى تقوم عليه المسؤولية وما للضرر إلا نتيجة له . وعلى ذلك فإن

قانون محل وقوع الخطأ هو الذى يتحدد به القانون الواجب التطبيق بالنسبة لمسئولية الشخص عن عمله أو عمل الغير أو فعل الحيوان أو عن الأشياء^(١).

ويرى فريق آخر أن العبرة بمكان تحقق الضرر ذلك أنه بالنظر إلى الهدف من نظام المسئولية نجد أن هذا النظام لا يهدف إلى توقيع الجزاء على الخطأ بل إلى تعويض الضرر وهو ما يرجح الاعتداء بقانون محل وقوع الضرر . ففي هذا المكان تحقق الإخلال بالمصالح التى يرمى القانون إلى حمايتها فضلاً عن أن المسئولية لا تنشأ إلا عند ترتيب الضرر وإن كان من اللازم أن يتسبب هذا الضرر عن خطأ . ولا يكفى الخطأ فى ذاته لوصف الفعل بأنه منشئ للالتزام . ويؤكد هذا المعنى ذلك للترديد المستمر لصور المسئولية التى قد يضعف إقامتها على فكرة الخطأ وفقاً لمفهومها التقليدى مثل المسئولية عن نقل الغير وعن الأشياء . ففي هذه الصور يعتبر الضرر لاشك هو العنصر الجوهرى فى المسئولية^(٢). ويذهب فريق ثالث إلى أنه يجب الاعتداد بكل من عنصر الخطأ من جهة والضرر من جهة أخرى أما للتركيز على أحد هذين

(١) عز الدين عبد الله ص ٥٠٥ وما بعدها - جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٩٥ وما بعدها .

(٢) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤١٣ وما بعدها .

العصرين دون الآخر فهو يتضمن تجاهلاً للطبيعة الخاصة للمسئولية التقصيرية .

ويستوجب هذا الرأى اختيار المضرور أى القانونين لأصلح له فى تقرير التعويض ، إلا أنه يجب الرجوع إلى قانون محل الفعل الذى ترتب عليه الضرر للفصل فى مسألة محددة ، هى مدى مشروعية هذا الفعل وما إذا كان يستوجب المسؤولية من عدمه^(١) .
والرأى الأول هو ما نرى الأخذ به .

٢٠٩- وقوع الفعل فى إقليم لا يخضع للسيادة الإقليمية لدولة معينة :

قد يقع الفعل فى إقليم لا يخضع للسيادة الإقليمية لدولة معينة كما لو وقع على ظهر سفينة فى عرض البحر أو وقع فى شكل تصادم بين سفينتين فى عرض البحر أو بين طائرتين فى الفضاء الجوى الذى يعلو أعالي البحار .

فبالنسبة للتصادم البحرى ذهب رأى إلى إخضاعه لقانون السفينة التى ارتكبت الخطأ وسببت الحادث .

وذهب رأى ثان إلى تطبيق قانون السفينة التى لحقها الضرر .
بينما ذهب رأى ثالث إلى أن للمضرور أن يختار ما بين هذين القانونين .

(١) هشام صادق ص ٤١٦ ومابعدها .

وذهب فريق رابع إلى أن المسؤولية لا تقوم إلا إذا توافرت عناصرها وفقا للقانونين معا .

أما الرأي الراجح فيذهب إلى تطبيق قانون القاضى ، لأن هذا القانون هو صاحب الاختصاص الطبيعى فى الأحوال التى يتعذر فيها إعمال ضابط الإسناد .

ولا يستثنى من ذلك سوى الحالة التى يكون التصادم فيها واقعا بين سفينتين فى عرض البحر أو بين طائرتين فى الفضاء الجوى العام وينتمى فيها كل من السفينتين أو الطائرتين إلى دولة واحدة ، لأن قانون هذه الدولة يكون فى هذه الحالة أكثر القوانين ملائمة لحكم المسؤولية المترتبة على التصادم^(١).

غير أنه تجب الإشارة إلى أنه إذا وجدت معاهدة دولية لتنظيم هذه المسألة ، فإنه يجب تطبيق أحكام هذه المعاهدة كما هو الشأن مثلا بالنسبة لمعاهدة بروكسل المبرمة عام ١٩١٠ فى شأن بعض القواعد المتعلقة بالتصادم البحرى والتى وافقت عليها مصر بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٤١ وأصدرتها بمرسوم ٣١ يناير ١٩٤٤ . أما الحوادث التى تقع على ظهر السفينة فى عرض البحر أو على الطائرة فى الفضاء غير التابع لإقليم دولة ما . فيسرى عليها

(١) عز الدين عبد الله ص ٥٠٩ وما بعدها - سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤١٦ - هشام صادق ص ٤٢٨ .

وفقا للرأى الغالب قانون العلم ، وذلك أخذا بالفكرة التقليدية التى تقضى باعتبار السفينة أو الطائرة جزءا من إقليم الدولة التى ترفع علمها ^(١).

أما لو وقع الحادث على ظهر سفينة فى المياه الإقليمية لدولة معينة أو على طائرة أثناء مرورها بالفضاء الجوى لدولة من الدول فإن الفقه الغالب يتجه إلى تطبيق قانون الدولة صاحبة الإقليم بوصفه القانون المحلى .

ويفضل فريق من الفقه الحديث تطبيق قانون العلم فى هذه الحالة كذلك نظرا لصعوبة تحديد ما إذا كانت الواقعة المنشئة للاستزام قد وقعت فعلا فى المياه الإقليمية أو فى البحر العام أو وقعت فى الفضاء الجوى للدولة أو خارجه . هذا فضلا عن أن قانون العلم هو القانون الذى يعلمه كل من الركاب والطاقم والربان أو قائد الطائرة ، أو هو على الأقل القانون الذى يعلموه أكثر من علمهم بقوانين الدولة المختلفة التى تمر بها كل من السفينة والطائرة بصفة عابرة .

كذلك قد يحدث فى مجال الإثراء بلا سبب أن يختلف مكان الإثراء عن مكان الإثقال .

(١) سامية رشيد وفواد عبد المنعم رياض ص ٤١٦ - عز الدين عبد الله

وفى هذه الحالة يرجح الفقه الاعتداد بالمكان الذى تحقق فيه الإثراء . ذلك أن الإثراء هو النتيجة الإيجابية وهو بهذه المثابة أكثر ظهورا إلى العالم الخارجى من الاقتدار . هذا فضلا عن أن الإثراء هو الأساس القانونى للالتزام فى هذا الفرض^(١).

وعلى ذلك فالقانون المختص بحكم دفع غير المستحق - بوصفه من تطبيقات الإثراء بلا سبب - هو قانون المكان الذى تم فيه الدفع .

أما بالنسبة للفضالة - وهى تطبيق آخر من تطبيقات فكرة الإثراء بلا سبب - فإن القانون الواجب التطبيق فى شأنها هو المكان الذى تولى فيه الفضولى شئون رب العمل^(٢).

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤١٤ ومابعدها - هشام

صادق ٤٢١ .

(٢) هشام صادق ص ٤٢١ .

مادة (٢٢)

يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تبأثر فيه الإجراءات .

الشرح

٢١٠- المقصود بقواعد الاختصاص :

تتصرف عبارة " قواعد الاختصاص " إلى الاختصاص الولائى والنوعى والمكانى والشخصى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يلاحظ أن تعبير الاختصاص ينصرف إلى ولاية المحاكم كما ينصرف إلى الاختصاص النوعى والمكانى والشخصى... الخ " (١).

٢١١- سريان قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى على قواعد الاختصاص :

يسرى على قواعد الاختصاص قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى، فهو الذى يحدد قواعد الاختصاص الولائى والنوعى والقيى والمطى والشخصى . وذلك باعتبار أن القضاء وظيفة من وظائف الدولة يؤدبها وفقا لقواعد المرافعات المقررة فى قانونها دون قواعد المرافعات فى أى دولة أخرى .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٠٤ .

ومن ثم فإن الدعوى عندما تعرض على المحكمة وجب عليها تحديد الجهة ذات الولاية التى تختص بنظرها ، فقد تكون جهة القضاء العادى ، وقد تكون جهة القضاء الإدارى وقد تكون جهة إدارية ذات اختصاص قضائى ، فإن رفع النزاع لجهة لا ولاية لها، تعين القضاء بعدم الاختصاص ولو لم يبد دفع بذلك لتعلق الاختصاص الولائى بالنظام العام لاتصاله بالنظام القضائى .

ويجب على المحكمة بعد تحديد اختصاصها الولائى تحديد اختصاصها النوعى والمحلى والشخصى ، مع ملاحظة أن الاختصاص المحلى مما لايتعلق بالنظام العام .

٢١٢- القاعدة فى اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى التى ترفع على المصرى :

تنص المادة ٢٨ من قانون المرافعات على أن : " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على المصرى ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج " .

فيكفى لاختصاص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على المصرى توافر جنسية الجمهورية عند المدعى عليه ولايلزم بجانب هذا أن يكون متوطنا أو مقيما أو موجودا فى الجمهورية .

ويصح أن يكون المدعى عليه شخصا طبيعيا كما يصح أن يكون شخصا اعتباريا .

فقد أخذ المشرع بضابط شخصى فى الدعوى التى ترفع على المصرى وفى هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أنه : "..... يضاف إلى ذلك الأخذ بضابط شخصى للاختصاص هو جنسية المدعى عليه وكونه وطنيا ، بصرف النظر عن موطنه أو محل إقامته، وينبنى الاختصاص فى هذه الحالة على اعتبار أن ولاية القضاء وإن كانت إقليمية فى الأصل بالنسبة للوطنيين والأجانب، إلا أنها شخصية بالنسبة للأوليين فتشملهم ولو كانوا متوطنين أو مقيمين خارج إقليم دولتهم . كذلك راعى المشروع اعتبار أن الأصل هو أن تؤدى الدولة العدالة فى إقليمها وأن الأصل هو رعاية المدعى عليه . ولذلك فإن المشروع لم يأخذ بضابط الاختصاص من ناحية المدعى إلا فى حالات قليلة تعتبر واردة على خلاف الأصلين العامين المذكورين ."

وعلى ذلك فالمصرى الذى يقيم فى الخارج ويتعامل مع شخص أجنبى لا يمكن أن يتقضى اختصاص المحاكم المصرية ، إذا ما قام ذلك الأجنبى برفع دعواه أمامها لمطالبة المصرى بوفاء التزامه ، ولا يجوز للمصرى فى هذه الحالة أن يحتج بأن للعلاقة نشأت فى الخارج ، أو بأنه يقيم فى الخارج إذ ولاية المحاكم المصرية تنبسط

على المصرى أينما كان وعلى جميع المنازعات التى يكون المصرى طرفا فيها أيا كانت هذه المنازعات . فيكفى أن يكون المدعى عليه مصريا لكى ينعد الاختصاص لمحاكم الجمهورية ، ولا يلزم توافر أى شرط فى المدعى ، فيصح أن يكون المدعى وطنيا كما يصح أن يكون أجنبيا متوطنا أو مقيما أو موجودا فى الجمهورية أو فى الخارج^(١).

غير أن المادة استثنت من اختصاص محاكم الجمهورية بالدعاوى التى ترفع على المصرى ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج . وذلك سواء أكانت الدعوى شخصية عقارية أم عينية عقارية أم مختلطة . فلا تختص محاكم الجمهورية ، متى كان العقار واقعا فى الخارج ، بالدعوى التى يرفعها مشتري العقار بعقد غير مسجل طالبا بها فى مواجهة البائع الحكم بانعقاد البيع (دعوى شخصية عقارية) أو الدعوى التى يرفعها مالك العقار طالبا بتثبيت حق ملكيته وتقريره فى وجه من يعتدى عليه أو ينزع فيه (دعوى عينية عقارية) أو الدعوى التى يرفعها مشتري العقار بعقد مسجل على البائع طالبا تسليم هذا العقار (دعوى مختلطة) . أما الدعوى

(١) الدكتور أحمد مابجى للتطبيق على قانون المرافعات الطبعة الثالثة

التي يرفعها مستأجر العقار على المؤجر بتسليم العقار المؤجر والدعوى التي يرفعها المؤجر على المستأجر طالبا سداد أجرة العقار والدعوى التي يرفعها بائع العقار المبيع على المشتري طالبا سداد الثمن ، فهي لا تدخل في هذا الاستثناء لأنها دعوى شخصية منقولة .

ويقوم هذا الاستثناء على مراعاة أن الدعاوى المتعلقة بعقار تتطلب إجراءات ومعايينات تكون محكمة الدولة الكائن بها العقار أقدر على الفصل فيها ، ولأن العقار هو مسقط سيادة الدولة ، ولأن تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى العقارية يكون عادة في بلد موقع العقار ، ولا شك في أن هذا البلد لا يسمح بتنفيذه ، إذا ما صدر من محاكم دولة أخرى^(١).

وهذا الاستثناء مسلم في الأغلب عند الفقه والقضاء في مختلف البلاد^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تقضى الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون المدني بسريان قانون الدولة التي تم فيها العقد عند اختلاف الموطن ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد

(١) عز الدين عبد الله ص ٩٧٣ وما بعدها .

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات .

تطبيقه ، وتنص المادة ٢٢ من هذا القانون على أنه يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات وإذا كان الثابت من الأوراق أن وثائق التأمين قد أبرمت فى مصر وأن المستأنف وهو المدين المحجوز عليه مصرى الجنسية وأن الدعوى المائلة دعوى بطلان حجز ما للمدين لدى الغير موقع فى مصر على أموال موجودة فيها فإن القانون المصرى يكون هو الواجب التطبيق علاوة على أن المحاكم المصرية تكون هى المختصة وحدها بنظر دعوى البطلان والطلبات الموضوعية المرتبطة بها" .

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠)

٢١٢- اختصاص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية :

تنص المادة ٢٩ من قانون المرافعات على أن :

"تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية ، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج " .

فالاختصاص ينعقد للمحاكم المصرية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية .

وأساس هذا الاختصاص أن كلا من الموطن ومحل الإقامة هو صلة بين الشخص وإقليم الدولة ، ومن ثم فهو يصل المنازعة بسيادة الدولة وبالتالي يصلها بولاية القضاء فيها ، ولأنه يتعين في الأصل ، الاعتداد بموطن المدعى عليه وليس بموطن المدعى لأن الأول أولى بالرعاية من الثاني^(١).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات أنه :

" تنص المادة ٢٩ من المشروع على انعقاد الاختصاص لمحاكم الجمهورية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية ، باستثناء الدعاوى العقارية المتعلقة بعقارات واقعة في الخارج . والقاعدة أساسيتها الموطن وبديله هو محل الإقامة ، وكذلك الاستثناء من حكمها ، مسلمان فقها وقضاء، ولهذه القاعدة سند في قانون المرافعات الحالي هو مفهوم المخالفة لنص المادة الثالثة منه في شأن الأحوال العينية ، وصريح نص المادة ٨٦١ في شأن الأحوال الشخصية ، وإن كان هذا النص الأخير لم يجعل محل الإقامة بديلا للموطن وهو أمر منتقد عالجه المشروع " .

والمقصود بالموطن ، الموطن العام والموطن الخاص .

(١) عز الدين عبد الله ص ٦٧٧ .

والمواطن العام ، هو المنصوص عليه فى المادة ٤٠ من التقنين
المدنى والذي يستلزم توافر عنصرين : عنصر مادى هو الإقامة
فى مصر على وجه الاستمرار . وعنصر معنوى وهو اتجاه نية
الشخص إلى اتخاذها مقرا دائما له .

والمواطن الخاص يشمل موطن الأعمال أو الموطن التجارى
المنصوص عليه بالمادة ٤١ مرافعات وموطن من ينوب عن عديم
الأهلية أو ناقصها (م ٤٢ مدنى) .

فتختص محاكم الجمهورية بالدعاوى التى ترفع على الأجنبى
فيما يتعلق بهذه الأعمال دون غيرها من الدعاوى . وإذا كان
المواطن العام القانونى للقاصر ومن فى حكمه فى الخارج ولكنه
لأن فى مباشرة بعض الأعمال واتخذ الجمهورية موطننا لمباشرتها،
صار له فى الجمهورية موطن خاص ومن ثم ضابط خاص
للاختصاص بالنسبة لها وأمكن مقاضاته أمام محاكم الجمهورية فيما
يتعلق بها دون غيرها (م ٢/٤٢ مدنى) .

وقد يكون المواطن العام للمدعى عليه الأجنبى فى الخارج ولكن
له فى الجمهورية موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين مما هو
منصوص عليه فى المادة ٤٣ مدنى^(١) ، فينقد الاختصاص لمحاكم

(١) تنص هذه المادة على أن :

“(١) يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين .

الجمهورية بالدعوى التى ترفع عليه والتى تتعلق بهذا العمل دون غيرها وقد نص على هذا الاختصاص صراحة فى الفقرة الأولى من المادة ٣٠٠ مرافعات والتى جاء فى صدها فى بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الجديد أنه : "... يدهى أن يقتصر هذا الاختصاص على المنازعات المتعلقة بما اتخذ هذا المواطن فى شأنه من علاقات. وحكم هذه الفقرة منقول من المادة ٣ من قانون المرافعات الحالى " .

وإذا كان المواطن العام القانونى للقاصر (ومن فى حكمه) فى الخارج ولكنه أن فى مباشرة بعض الأعمال واتخذ الجمهورية موطناً لمباشرتها ، صار له فى الجمهورية موطن خاص ومن ثم ضابط خاص للاختصاص بالنسبة لها وأمكن مقاضاته أمام محاكم الجمهورية فيما يتعلق بها دون غيرها .

والمقصود بمحل الإقامة الذى يكون للأجنبى فى مصر ، هو المكان الذى يقسم فيه الأجنبى إقامة غير عادية ، أى بغير نية الاستمرار ، وهو لا يعد موطناً فى القانون المصرى. وقد جاء

(٢) ولا يجوز إثبات الموطن المختار إلا بالكتابة .

(٣) والمواطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو المواطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل ، بما فى ذلك إجراءات للتنفيذ الجبرى، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى " .

بالمذكورة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الجديد : "وقد جاء نص المشروع لكثير بياناً في ضبط الحكم من حيث المقصود بالإقامة فعبّر عنها (بالموطن) حيث يكون المراد هو الإقامة العادية وعبّر " بمحل الإقامة " حيث يكون المراد هو مجرد الإقامة التي لا تكون موطناً طبقاً للقواعد الواردة في القانون المدني " .

ولا ينصرف محل الإقامة إلى مكان الوجود العارض . ولذلك فإن وجود الأجنبي المدعى عليه وجوداً عارضاً في الجمهورية لا يكفي وحده أساساً ينعقد عليه الاختصاص لمحاكم الجمهورية .

وقد استثنت المادة من قاعدة إسناد الاختصاص إلى المحاكم المصرية " الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار في الخارج " ، وذلك للاعتبارات التي ذكرناها في قاعدة الاختصاص بالنسبة للدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مؤدى ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون المرافعات من أن تختص المحاكم المصرية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو سكن في مصر في أحوال معينة عدتها ، أن الاختصاص ينعقد للمحاكم المصرية أصلاً ومن باب أولى في الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو سكن في مصر

ونذلك بموجب ضابط إقليمي تقوم على مقتضاه ولاية للقضاء
المصرية بالنسبة للأجنبي " .

(طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

٢- " إذا كانت محكمة بداية للقدس مختصة بنظر الدعوى طبقاً
لقانونها ، وكان اختصاصها يقوم أصلاً على أساس المحل الذى
أبرم فيه العقد وكان مشروطاً بتنفيذه فيه - وهما ضابطان
للاختصاص مسلم بهما فى غالبية التشريعات ويقرهما قانون الدولة
المراد تنفيذ الحكم فيها - أى القانون المصرى- إذ نصت عليهما
الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون المرافعات ضمن الحالات
التي يقوم فيها الاختصاص للمحاكم المصرية بالنسبة للأجنبي ولو
لم يكن له موطن أو مسكن فى مصر . وإذ كانت محكمة بداية
القدس- وهى إحدى جهتى القضاء المنعقد لهما الاختصاص فى
النزاع القائم بين الطرفين - قد رفعت إليها الدعوى فعلاً وأصدرت
فيها للحكم المطلوب تنزيهه بالصيغة التنفيذية ، فإن دوافع المجاملة
ومقتضيات الملاءمة وحاجات المعاملات الدولية توجب اعتبار هذا
الحكم قد صدر من محكمة أجنبية فى حدود اختصاصها " .

(طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

٣- " وفقاً للمادة الثالثة من قانون المرافعات تختص المحاكم
المصرية بالدعوى التى ترفع على الأجنبي إذا كان له موطن

أصلى أو مختار أو مسكن في مصر ، أو كانت ناشئة عن عقد أبرم أو نفذ أو كان مشروطا بتنفيذه في مصر ، وإذا كان المطعون عليه قد نقل إلى فرع للشركة بمصر واستمر يعمل به إلى أن قررت الشركة (رب العمل) فصله ، فإن في ذلك ما يجعل المحاكم المصرية مختصة بنظر الدعوى .

(طعن رقم ٢٧١ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/٤/٥)

٤- " النص في المادة ٤١ من القانون المدني على أن المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة يعتبر موطنه بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة، والنص في المادة ٢/٥٣ د من ذلك القانون ، على أن الشركات التى يكون مركز إدارتها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر يعتبر مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلى (أى موطنها) هو المكان الذى توجد فيه الإدارة المحلية ، والنص فى المادة ٥/١٣ من قانون المرافعات على أنه فيما يتعلق بالشركات الأجنبية التى لها فرع أو وكيل فى جمهورية مصر العربية تسلم لها الإعلانات الخاصة بها إلى هذا الفرع أو الوكيل ، فقد دلت هذه النصوص مجتمعة على أنه إذا كان الموطن الأصلى لشخص - طبيعيا أو اعتباريا - موجودا فى الخارج ولكنه يباشر نشاطا تجاريا أو حرفة فى مصر ، اعتبر

المكان الذى يزاول فيه هذا النشاط موطنا له فى مصر فى كل ما يتعلق لهذا النشاط " .

(طعن رقم ٥٩١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٤)

٥- " من المقرر أن لكل سفينة تباشر نشاطا تجاريا وكيلا ملاحيا ينوب عن مالكها - سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا- فى مباشرة كل ما يتعلق بنشاط السفينة فى جمهورية مصر العربية ويمثله فى الدعاوى التى ترفع منه أو عليه فيما يتعلق بهذا النشاط ويعتبر مقر هذه الشركة موطنا لمالك السفينة تسلم إليه فيه الإعلانات وتحسب منه مواعيد المسافة المنصوص عليها فى المادة ١٦ من قانون المرافعات ، لما كان ذلك . وكان البين من الأوراق أن الشركة الطاعنة شركة ملاحية أجنبية تباشر بواسطة سفنها نشاطا تجاريا فى جمهورية مصر العربية وتتولى شركة القناة للتوكيلات الملاحية أعمال التوكيل للملاحى عنها فى كل ما يتعلق بهذا النشاط فمن ثم يعتبر مقر هذا الوكيل موطنا لها فى مصر، وإذ اختصت تلك الشركة فى هذا النزاع فى مواجهة وكيلها البحرى المذكور أمام محكمة أول درجة ثم أمام محكمة الاستئناف ، فإن ميعاد المسافة الواجب إضافته إلى ميعاد الطعن بالنقض الذى أقامته الطاعنة يحتسب من موطنها فى مصر " .

(طعن رقم ٥٩١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٤)

٢١٤- حالات اختصاص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية :

هناك حالات تختص بها محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي
ترفع على الأجنبي الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى
الجمهورية .

وهذه الحالات نصت عليها المادة ٣٠ من قانون المرافعات .
فهذه المادة تنص على أن :

" تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على
الأجنبي الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك فى
الأحوال الآتية :

- ١- إذا كان له فى الجمهورية موطن مختار .
- ٢- إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود فى الجمهورية أو
كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها أو كانت
متعلقة بإفلاس أشهر فيها .
- ٣- إذا كانت الدعوى معارضة فى عقد زواج وكان العقد يراد
إيرامه لدى موثق مصرى .
- ٤- إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطبيق أو
بالانفصال وكانت مرفوعة من زوجة فقدت جنسية الجمهورية

بالزواج متى كان لها موطن في الجمهورية ، أو كانت الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن في الجمهورية على زوجها الذى كان له موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه فى الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطلق أو الانفصال أو كان قد أبعد عن الجمهورية .

٥- إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للألم أو للزوجة متى كان لهما موطن فى الجمهورية أو للصغير المقيم فيها .

٦- إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم فى الجمهورية أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها .

٧- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعى وطنيا أو كان أجنبيا له موطن فى الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج أو إذا كان القانون الوطنى ولجب التطبيق فى الدعوى .

٨- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا موطن أو محل إقامة فى الجمهورية أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب .

٩- إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة فى الجمهورية .

ونعرض لهذه الحالات تفصيلا فيما يلى :

الحالة الأولى :

إذا كان للأجنبى موطن مختار فى الجمهورية :

تختص المحاكم المصرية بالدعوى إذا كان للأجنبى فى مصر موطن مختار . ويستوى أن يكون الأجنبى شخصا طبيعيا أم اعتباريا .

وقد يتعلق هذا الموطن بعمل قانونى كرفع دعوى أمام القضاء المصرى وحينئذ تختص المحاكم المصرية بالدعاوى التى تترتب على هذا العمل ، كدعوى التعويض التى قد تترتب على الدعوى الأولى ، كدعوى التعويض التى قد تترتب على الدعوى الأولى ودعوى المخاصمة .

وقد يتعلق الموطن بعمل تجارى وحينئذ تختص المحاكم المصرية بالدعاوى التى تترتب على هذا العمل ^(١).

وفى هذا جاء بالمذكورة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الجديد أنه :

" تعالج المادة ٣٠ من المشروع الحالات ينقد فيها الاختصاص لمحاكم الجمهورية على الرغم من أن المدعى عليه الأجنبى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية ، ولولى هذه الحالات

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥١٠ .

اختصاص محاكم الجمهورية متى كان للمدعى عليه موطن مختار فيها . وبديهي أن يقتصر هذا الاختصاص على المنازعات المتعلقة بما اتخذ هذا للموطن في شأنه من علاقات . وحكم هذه الفقرة منقول عن المادة ٢ من قانون المرافعات الحالي " .

ومرد هذا الاختصاص هو فكرة الخضوع الاختياري ، إذ أن قيام المدعى عليه الأجنبي باعتبار مصر موطناً مختاراً له بالنسبة للعمل القانوني يفيد اختياره الخضوع لمحاكم الجمهورية بالنسبة لجميع المنازعات التي ترتبط بهذا العمل ^(١) .

واختصاص محكمة الموطن المختار في هذه الحالة هو استثناء مسلم به من قاعدة أن المدعى يسعى إلى المدعى عليه في محكمته . إذ أن هذه القاعدة يقصد بها التيسير على المدعى عليه فمن الجائز الاتفاق على عكسها ^(٢) .

ويرجع للقواعد العامة في المرافعات بصدد أحكام الموطن المختار . والكتابة شرط لإثباته (م ٢/٤٣ منق) . ويتعين أن يفهم من الكتابة أن الخصم قد قصد اتخاذ ذات المكان موطناً له لتنفيذ

(١) الدكتور نبيل اسماعيل عمر أصول المرافعات المدنية والتجارية للطبعة الأولى ١٩٨٦ ص ١٨٨ .

(٢) الدكتور أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية للطبعة الخامسة عشرة ١٩٩٠ ص ٤١ - الدكتور أحمد مليجي ص ٧٧٩ .

العمل القانونى المعين . فإذا أورد ذكر المكان لمجرد إرشاد المتعاقد عن الجهة التى سيتواجد فيها فى وقت ما فلا يعد به كموطن مختار^(١).

واتخاذ الأجنبى موطننا مختارا فى مصر لايحول دون رفع الدعوى عليه أمام محاكم موطنه الأصلى فى الخارج ، إذ يترتب على اتخاذ موطن مختار فى مصر أن يصبح الاختصاص مشتركا بين محاكم دولة الموطن الأصلى ومحاكم دولة الموطن المختار^(٢).
الحالة الثانية :

إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود فى الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان ولجبا تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها :

وسبب اختصاص المحاكم المصرية بهذه الدعاوى يرجع إلى نوع أو طبيعة الحق الذى تحميه الدعوى . وكونه موجودا أو يجب تنفيذه فى مصر . وهذا ضابط موضوعى ، وليس ضابطا شخصيا ، وهو موقع المال . فإذا تعلقت الدعوى بمال منقول أو عقار موجود فى مصر جاز رفع الدعوى أمام محاكمها^(٣).

(١) لحد أبو الوفا ص ٤١ هامش (٢) .

(٢) للمستشار أنور طلبه ص ٥١٠ .

(٣) عز الدين عبد الله ص ١٨٨ .

ونقسم هذه الحالة إلى أقسام ثلاثة :

(أ) إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود فى الجمهورية :

تختص المحاكم المصرية بنظر الدعوى إذا كانت متعلقة بمال موجود فى الجمهورية .

ولا يشترط أن يكون مصدر الالتزام قد نشأ فى مصر، بل يكفى وجود المال بها .

ولا عبء بنوع الدعوى ، فقد تكون الدعوى شخصية كطالب تنفيذ الالتزام بنقل الحق العينى فى العقار أو المنقول، أو طلب تنفيذ الالتزام بتسليم المبيع بعقد مسجل أو الالتزام بالضمان ، وقد تكون الدعوى عينية موضوعها حق عينى ، كدعوى الملكية فى مال واقع فى مصر ، كالدعوى التى يرفعها الدائن المرتهن لعقار واقع فى مصر لحماية حقه ، وقد تكون الدعوى مختلطة تستند إلى حق عينى وحق شخصى مثل الدعوى التى يرفعها المشتري على البائع بتسليم المبيع بعقد مسجل^(١).

واختصاص المحاكم المصرية راجع إلى أنها أقرب إلى المال من غيرها ، وقد يستلزم التحقيق انتقال المحكمة إلى محله لمعاينته.

(١) الدكتور حمد مليجى ص ٧٨٠ .

(ب)- إذا كانت الدعوى متعلقة بالالتزام نشأ أو نفذ أو كان
ولجبا تنفيذه فيها :

تختص المحاكم المصرية بالدعوى إذا كانت مصر هي محل
نشأة الالتزام كما لو تعلق النزاع بعقد أبرم في مصر أو كانت
الواقعة المنشئة للالتزام قد حدثت فيها ، أو كانت مصر هي بلد
تنفيذ الالتزام كما لو كانت الدعوى تتعلق بعقد نفذ أو كان مشروطا
تنفيذه في مصر .

ولا يهتم مصدر الالتزام فيستوى أن يكون هذا المصدر تصرفا
قانونيا أو عملا ماديا .

كما لا يهتم نوع الدعوى فيصح أن تكون في مسألة من مسائل
الأحوال الشخصية كالمنازعة في وصية تمت في الجمهورية أو في
مشاركة زواج أبرمت فيها ، كما يصح أن تكون في مسألة من
مسائل الأحوال العينية ، مدنية كانت أو تجارية ، وذلك فيما عدا
الدعوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مؤدى ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون المرافعات
من أن تختص المحاكم المصرية بالدعوى التي ترفع على الأجنبي
الذى ليس له موطن أو مسكن في مصر في أحوال معينة عدتها ،
أن الاختصاص ينعقد للمحاكم المصرية أصلا ومن باب أولى في

الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى له موطن أو مسكن فى مصرى وذلك بموجب ضابط إقليمى تقوم على مقتضاه ولاية القضاء المصرى بالنسبة للأجنبى " .

(طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

٢- " إذا كانت محكمة بداية القدس مختصة بنظر الدعوى طبقا لقانونها ، وكان اختصاصها يقوم أصلا على أساس المحل الذى أبرم فيه العقد وكان مشروطا بتنفيذه فيه - وهما ضابطان للاختصاص مسلم بهما فى غالبية التشريعات ويقرهما قانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها - أى للقانون المصرى - إذ نصت عليهما الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون المرافعات ضمن الحالات التى يقوم فيها الاختصاص للمحاكم المصرية بالنسبة للأجنبى ولو لم يكن له موطن أو سكن فى مصر. وإذا كانت محكمة بداية القدس - وهى إحدى جهتى القضاء المنعقد لهما الاختصاص فى النزاع القائم بين الطرفين - قد رفعت إليها الدعوى فعلا وأصدرت فيها الحكم المطلوب تنزيهه بالصيغة التنفيذية ، فإن دوافع المجاملة ومقتضيات الملاءمة وحاجة المعاملات الدولية توجب اعتبار هذا الحكم قد صدر من محكمة أجنبية فى حدود اختصاصها " .

(طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

٣- " تنص الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون المدني
بسرطان قانون الدولة التي تم فيها العقد عند اختلاف الموطن مالم
يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد
تطبيقه ، وتنص المادة ٢٢ من هذا القانون على أنه يسرى على
قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد
الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات وإذا كان الثابت من
الأوراق أن وثائق التأمين قد أبرمت فى مصر وأن المستأنف وهو
المدين المحجوز عليه مصرى الجنسية وأن الدعوى المائلة دعوى
بطلان حجز ما للمدين لدى الغير موقع فى مصر على أموال
موجودة فيها فإن القانون المصرى يكون هو الواجب للتطبيق علاوة
على أن المحاكم المصرية تكون هى المختصة وحدها بنظر دعوى
البطلان والطلبات الموضوعية المرتبطة بها ."

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠)

٤- " لما كانت المادة ٣٠ من قانون المرافعات تنص بأنه
(تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى
الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك فى الأحوال
الآتية : (١) (٢) إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود فى
الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه
فيها) وكان لايجوز الخروج من اختصاص لمحاكم المصرية

الثابت لها وفقا للقانون المصرى لأن الدولة هى التى ترسم حدود ولاية القضاء فيها مقدرة فى ذلك أن أداء العدالة مصلحة عامة لا يمكن تحقيقها إلا بواسطة محاكمها الذى ترى أنها دون غيرها جديرة بأن تكفل هذه الغاية وكان الثابت فى الأوراق أن الدعوى متعلقة بالتزام نفذ فى مصر فإن القضاء المصرى يكون مختصا بنظرها رغم اتفاق الخصوم فى عقد العمل على اختصاص المحاكم السويسرية بنظر ما قد ينشأ من العقد من منازعات وإذا كان ذلك، وكان الحكم الصادر من محكمة أو درجة فى ١٨/١٢/١٩٧٩ المؤيد بالحكم المطعون فيه قد خلاص إلى هذه النتيجة الصحيحة. وقضى برفض الدفع بعدم اختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعوى فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ١٩٣٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٥/٣)

٥- لما كانت المادة ٢/٣ من قانون المرافعات السابق الصادر بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩- الذى رفعت الدعوى فى ظله - تنص على اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو مسكن فى مصر " إذا كانت الدعوى تتعلق بمنقول أو بعقار موجود فى مصر أو كانت ناشئة عن عقد أبرم أو نفذ أو كانت الدعوى ناشئة عن واقعة حدثت فيها " وكان البنك الطاعن قد عزز الاعتماد المستندى الذى فتح لصالح الشركة المطعون ضدها الأولى وأخطرها بذلك عن طريق مراسلة

المحدد فى خطاب الاعتماد والذى فوضه دون غيره فى القيام بكل ما يتعلق بالاعتماد وهو بنك مصر فرع بورسعيد . فإن هذا البنك الأخير يعتبر الموطن المختار المعين لتنفيذ الاعتماد وكل ما يتعلق به بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى وهو ما تكون معه المحاكم المصرية هى المختصة بنظر أى نزاع ينشأ عن هذا التنفيذ كما يكون القانون المصرى هو الواجب التطبيق على النزاع المعروض باعتباره قانون محل التنفيذ الذى يحكم العقد ويكون صحيحا إعلان الطاعن بالحجز فى موطن هذا المراسل باعتباره موطنه مختارا".

(طعن رقم ٤٤٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧)

(ج) للدعوى المتعلقة بإفلاس أشهر فى الجمهورية :

تختص محاكم الجمهورية بالدعوى التى تكون متعلقة بإفلاس أشهر فى مصر .

إذا كان قد أشهر إفلاس الأجنبى أمام محكمة مصرية اختصت هذه المحاكم بالدعوى المتعلقة بالإفلاس ويقصد بهذه الدعوى كافة المنازعات التى تطبق فيها قاعدة من قواعد الإفلاس أو الناشئة عن الإفلاس أو المتعلقة بإدارة التفليسة .

ومثل ذلك الدعوى التى يرفعها أمين التفليسة ببطلان التصرفات الصادرة من المفلس فى فترة الريبة ، ودعوى استرداد البضاعة المودعة لدى المفلس ، وكافة الدعوى التى يختصم فيها أمين التفليسة بصفته هذه .

وفى هذا الصدد يلاحظ أن المحاكم المصرية تختص بشهر إفلاس للتاجر الأجنبى إذا توقف عن دفع ديونه فى مصر ، إذا كان موطنه للتجارى فى مصر أو كان بها مركز إدارة أعماله الرئيسى، أو كان بها فرع أو وكالة للتاجر المدين وكان المركز الرئيسى لأعماله بالخارج . ويتحدد كل ذلك وفقا لقانون للقضى الموضوعى.

وإذا لم يتوافر أى معيار من هذه المعايير . فإن المحاكم المصرية تختص بشهر إفلاس التاجر إذا كانت له أموال فى مصر، وكانت التزاماته التجارية تنصب عليها ^(١).

فإذا أشهر إفلاس التاجر من إحدى المحاكم المصرية ، أمكنها بعد ذلك النظر فى كافة الدعاوى المتعلقة بالإفلاس .

الحالة الثالثة :

إذا كانت الدعوى معارضة فى عقد زواج وكان العقد يربط إبرامه لدى موثق مصرى :

تذكرنا سلفا أنه يجوز للأجانب فى الجمهورية أن يبرموا زواجهم فى الشكل المقرر فى القانون الوطنى بوصفه بالنسبة لهم الشكل المحلى للزواج . وهذا الشكل يباشره موثق وطنى . وقد

(١) عز الدين عبد الله ص ٧١٩ - نبيل اسماعيل عمر ص ١٨٩ - هشام

يحدث عندما يقوم الموثق بالتوثيق أن يعترض على إبرام الزواج من له الحق قانونا في الاعتراض عليه ، وذلك من حيث الشروط الموضوعية - لا من حيث الشكل - كما لو كان مبنى الاعتراض عدم أهلية أحد الطرفين أو عدم رضا من يوجب للقانون الواجب التطبيق توافر رضائه بالزواج (مثل الوالدين أو أحدهما أو الوصى أو مجلس العائلة) أو قيام مانع من موانع الزواج كقيام زوجية سابقة .

وبديهى أن تمكين الموثق من أداء وظيفته ، وهو يؤديها وفقا للقانون المصرى ، يقتضى البت في الاعتراض بواسطة السلطة المختصة في دولته ، إذ القول بغير ذلك من شأنه تعطيله من أدائها وتعطيل إعمال القانون الوطنى بوصفه القانون الذى يحكم شكل الزواج . وهذه هي الاعتبارات التى يقوم عليها هذا الاستثناء^(١).

فاختصاص المحاكم المصرية في هذه الحالة يبنى على نوع الدعوى . والمحكمة هي التى تعطىها التكليف القانونى اللازم لى تحدد مسألة اختصاصها بنظرها .

وبلاحظ أنه إذا كان محل التوثيق عقد زواج أجنبى بمصرية أو التصديق عليه فإنه يجب على الموثق قبل إجراء التوثيق أن يتثبت

(١) عز الدين عبد الله ص ٦٨٦ - نبيل اسماعيل ص ١٩٠.

من الشروط التي نصت عليها المادة الخامسة من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ (المعدلة بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٧٦) .

وتنص المادة السادسة من ذات القانون على أنه إذا اتضح للموثق عدم توافر هذه الشروط وجب عليه أن يرفض التوثيق.

ويجوز لكل ذي مصلحة في عدم إتمام هذا التوثيق أن يرفع دعوى ضد الأجنبي والزوجة المصرية معارضا في عقد الزواج مع اختصاص وزير العدل بصفته الرئيس الأعلى للشهر العقاري والتوثيق (الممثل له) . كما يجوز للزوجة نفسها رفعها لانتفاء الشروط التي تطلبها المادة الخامسة سالفة البيان أو لتوافر سبب من أسباب الفسخ أو البطلان المتعلقة بعقد الزواج^(١).

الحالة الرابعة :

الدعوى المتعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالانفصال :

تنص المادة ٤/٣٠ مرافعات على اختصاص المحاكم المصرية بنظر طلبات فسخ الزواج أو التطليق أو الانفصال في صورتين :

الصورة الأولى :

أن تكون للدعوى مرفوعة من زوجة فقدت جنسية الجمهورية بالزواج من المدعى عليه متى كان لها موطن بالجمهورية .

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥١٢ .

فضابط الاختصاص في هذه الصورة هو جنسية الجمهورية عند
عند المدعية قبل زواجها من المدعى عليه ، وهو ضابط شخصي
غير إقليمي ، وكذلك موطنها في الجمهورية وقت رفع الدعوى ،
سواء كانت متوطنة في الجمهورية من الأصل قبل رفعها أم أنها
كانت مقيمة في الخارج ثم عادت للإقامة في الجمهورية وكسبت
موطنها فيها وقت رفع الدعوى .

ويبرر اختصاص محاكم الجمهورية في هذه الحالة ما قدره
المشرع من توفير الرعاية للمدعية باعتبار ما كان من تمتعها
بجنسية الجمهورية وحتى يمكنها من استرداد هذه الجنسية إذا ما
نحجت في حل رابطة الزوجية .

وتوطن الزوجة في الجمهورية أو عودتها للتوطن فيها يكون
عنصرا هاما من عناصر تقدير السلطة التنفيذية في إجابة طلب
الاسترداد . كذلك فإن ما يبرر ذلك كون القانون الواجب التطبيق
في الدعوى وفقا للمادة (١٤) مدني هو القانون الوطني .

الصورة الثغية :

أن يكون للمدعية موطن في الجمهورية ، وأن يكون زوجها
المدعى عليه أجنبيا كان له موطن في الجمهورية ، وقام سبب
الدعوى ، أي سبب الفسخ أو التطلق أو الانفصال ، ثم هجر زوجته
وقد موطنه في الجمهورية فقد اختاريا ، سواء اتخذ أو لم يتخذ

موطنا فى الخارج ، أو فقدته فقد إجباريا بالسقوط نتيجة لإبعاده عن الجمهورية.

وضابط الاختصاص فى هذه الحالة هو موطن المدعية فى الجمهورية، وهو ضابط شخصى إقليمى . أما الظروف الأخرى التى يستلزم المشرع توافرها فى جعل محاكم الجمهورية مختصة بالدعوى، ألا وهى هجر الزوج وزوجته وفقد موطنه فى الجمهورية، فهى فى الحقيقة الاعتبارات التى تبرر رعاية المدعية رعاية تضعف أمامها فكرة أن الأصل هو توفير الرعاية للمدعى عليه. كما أن توطن المدعية فى الجمهورية يجعل اختصاص هذه المحاكم بالدعوى واقعا فى نطاق فكرة أن واجب الدولة هو أداء العدالة فى إقليمها لكفالة السلام العام فيه . والاختصاص فى هذه الحالة الثانية شأنه شأن الحالة الأولى مقيد بنوع الدعوى ، فيجب أن تكون للدعوى بطلب فسخ الزواج أو التطلق أو الانفصال^(١).

الحالة الخامسة :

إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأم أو للزوجة متى كان لهما موطن فى الجمهورية أو للصغير المقيم فيها :

يشترط لاختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعوى فى هذه الحالة وجود موطن للزوجة أو الأم فى مصر وقت رفع الدعوى،

(١) عز الدين عبد الله ص ٦٨٧ ومابعدها .

وأن يكون الصغير مستحق النفقة مقيما في الجمهورية في ذلك الوقت .

فصابط اختصاص للمحاكم المصرية بهذه الدعاوى هو ضابط إقليمي وهو وجود موطن للزوجة أو الأم في مصر أو إقامة الصغير في مصر وقت رفع الدعوى ، سواء كانت الزوجة أو الأم مصرية أو أجنبية ، حتى ولو كان للمدعى عليه الأجنبي موطن معروف في الخارج .

وقد راعى المشرع بالنسبة للصغير الاكتفاء بكونه مقيما في مصر مقدرا في ذلك أن موطن الصغير هو موطن النائب عنه وقد يكون هذا الموطن في الخارج^(١).

وبلاحظ أن المقصود بدعاوى النفقة في هذا الخصوص الدعوى بطلب نفقة عادية للأم أو للصغير كما تقضى بها قواعد النفقة بين الأقارب . أو بطلب نفقة عادية للزوجة باعتبارها أثر من آثار الزواج .

أما النفقة الوقتية التي يتم تقديرها من القاضى المختص لحين الفصل في الدعوى الأصلية فإنها تخضع لحكم المادة ٣٤ مرافعات. وأساس هذا الاستثناء هو مراعاة حالة المدعى المطالب بالنفقة، نظرا لضعف مركزه وحاجته العاجلة إلى النفقة اللازمة لمعيشته.

(١) هشام صادق ص ١٤٧ - نبيل اسماعيل ١٩١ وما بعدها .

الحالة السليمة :

إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم في الجمهورية أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها :
تنص المادة ٦/٣٠ مرافعات على اختصاص محاكم الجمهورية بنظر الدعوى " إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم في الجمهورية أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها " .

فضابط الاختصاص في هذه الحالة هو إقامة الصغير في مصر، وهو ضابط شخصي إقليمي .

والإقامة المقصودة هنا هي مجرد الإقامة وليس الإقامة العادية التي تكون موطناً . إذ أن الصغير له موطن قانوني هو موطن من ينوب عنه قانوناً (م ٤٢ مدني) . ولا يوجد بجانب ذلك أي قيد من حيث جنسية الصغير، دون اعتداد بالمدعى عليه الأجنبي ، أي حتى ولو كان له موطن معروف في الخارج. وإنما يتقيد الاختصاص في هذه الحالة بنوع الدعوى فيجب أن تكون في شأن نسب الصغير أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها .

وتعبير " بشأن نسب صغير " الوارد في المادة يتصور معه أن تكون الدعوى بإثبات النسب ، كما يتصور أن تكون بإنكاره. ويبرر هذا الاختصاص أن الصغير هو الطرف الضعيف في

للدعوى التى تجب له الرعاية ، كما أن حماية الصغير فى نفسه
واجب على الجماعة وتتصل بالمصلحة العامة وتقع فى نطاق
واجب الدولة فى أداء العدالة على إقليمها ملزم للصغير مقيما
فيه^(١).

الحالة السابعة :

إذا كُتلت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية
إذا كان المدعى له موطن فى مصر وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه
موطن معروف فى الخارج أو إذا كان القاتون الوطنى واجب
التطبيق فى الدعوى :

وقد نصت على هذه الحالة الفقرة السابعة من المادة (٣٠)
مرافعات وهى تقرر صورتين للاختصاص الدولى للمحاكم
المصرية فى مواد الأحوال الشخصية . وهما صورتان عامتان ،
بمعنى أنهما لا تنقيدان بنوع معين من مواد الأحوال الشخصية ،
فهما تشملان جميع المسائل المتولدة عن رابطة الزوجية والمتعلقة
بالحالة والأهلية والولاية على النفس وعلى المال ، وكذلك المسائل
المتعلقة بالميراث .

(١) نبيل إسماعيل ص ١٩٢ - عز الدين عبد الله ص ٦٩١ ومابعدها.

والصورة الأولى :

هى اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى التى ترفع على الأجنبى متى توافر شرطان : أولهما ، أن يكون المدعى وطنيا سواء كان متوطنا فى الجمهورية لم فى الخارج . وثانيهما : ألا يكون للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج ، ويكفى هذا فلا يشترط أن يكون القانون المصرى هو واجب التطبيق، وذلك إعمالا لفكرة منع إنكار العدالة إذ قد لا يجد المدعى المصرى محكمة أجنبية تختص بالدعوى .

والصورة الثانية :

إذا كان المدعى أجنبيا له موطن فى الجمهورية ، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج أو إذا كان القانون الوطنى واجب التطبيق فى الدعوى .

وهذه الحالة تكون كثيرة التحقق فى التطبيق بالنظر إلى حكم المادة ١٤ منى التى تجعل القانون الوطنى وحده هو الواجب التطبيق فى الزواج والطلاق والتطليق والانفصال كلما كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج ، وذلك فيما عدا شرط الأهلية فى الزواج .

الحالة الثامنة :

إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا موطن أو محل إقامة في الجمهورية أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب :

تنص المادة ٨/٣٠ مرافعات على اختصاص المحاكم المصرية " إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا موطن أو محل إقامة في الجمهورية أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب " .

فضابط اختصاص المحاكم المصرية في هذه الدعاوى هو ضابط شخصي إقليمي ، هو أن يكون للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا موطن أو محل إقامة في مصر ، أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب .

والإقامة المقصودة هنا هي واقعة مادية ، وينظر في شأنها إلى ذات الشخص المطلوب تحديد محل إقامته . أما الموطن فهو مبنى على فكرة قانونية . وموطن الشخص يتحدد وفقا للقانون المصرى بوصفه قانون القاضى الذى يخضع له التكيف القانونى ، أو بوصفه القانون الإقليمى ، أى قانون البلد الذى يدعى بالتوطن فيه .

وموطن القاصر والمحجور عليه والغائب والمفقود هو موطن من ينوب عنه قانونا .

وعلى ذلك فلكي يعتبر القاصر متوطنا في الجمهورية يجب أن يكون النائب عنه متوطنا فيها .

ويعتد في الاختصاص بطلب الحجر بموطن المطلوب الحجر عليه، فإذا ما تم الحجر عليه اعتبر موطنه هو موطن النائب عنه. ويلاحظ أنه إذا كان موطن أى من هؤلاء فى الخارج ، ولكن محل إقامته فى مصر ، كان هذا المحل أساسا كافيا لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية، وبالنسبة للغائب يكفى لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية أن يكون آخر موطن أو محل إقامة له سبق تحققه فى مصر .

واختصاص المحاكم المصرية فى نطاق المادة ٨/٣٠ يعتد بنوع الدعوى . فيجب أن تكون هذه الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية للولاية على المال ، مثل تعيين وصى ، أو توقيع الحجر ، أو تنصيب نائب عن المحجور عليه ، أو إثبات الغيبة ، أ، تعيين وكيل عن الغائب ، أو تعيين المساعدين القضائيين أو تعيين مأذون بالخصومة عن القصر أو الغائبين .

أما الإجراءات الوقتية والتحفطية الواجب اتخاذها بمناسبة هذه المسائل فهي تنحل في اختصاص المحاكم المصرية وفقا للمادة ٣٤ ومرافعات^(١).

أما للتصرف في مال المشمول بالحماية سواء صدر منه أو من نائبه بعد تمام الإجراء الذى تستلزمه هذه الحماية ، كصدور إذن للقاصر أو الوصى حتى يمكنه التصرف في الحال مثلا ، فهنا يبحث في اختصاص المحاكم المصرية وفقا للقواعد الاختصاص الدولي مثل المادة (٣٠) بفقراتها المختلفة .

والواقع أن جنوى الفقرة الثامنة من المادة (٣٠) لا تبني إلا في الفروض التى يكون ناقص الأهلية أو الغائب فيها هو المدعى . إذ تختص المحاكم المصرية بمسائل الولاية على المال في هذه الحالة

(١) نبيل إسماعيل ص ١٩٣ وما بعدها - ويرى بعض الفقهاء أنه وإن كان نص الفقرة الثامنة المشار إليها جاء صريحا في ذكر الاختصاص بـ"المدعى" المتعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال، إلا أن حكمه ينصرف إلى أى إجراء يلزم لاتخاذ في هذه المسائل لحماية عديم الأهلية ومن فسى حكمه في ماله . ويضيف إلى أنه على أية حال فإن ما يلزم لاتخاذ في هذا الشأن من إجراءات وقتية أو تحفطية ، مثل الإجراءات الخاصة بحصر أموال الشخص الواجب حمايته والتحفط عليها يدخل في اختصاص محاكم الجمهورية وفقا للمادة ٣٤ مرافعات (عز الدين عبد الله ص ٦٩٥) .

مادام أن لناقص الأهلية موطن أو محل إقامة في مصر أو كانت هي آخر موطن أو محل إقامة للغائب . أما لو كان ناقص الأهلية أو الغائب هو المدعى عليه لاختصت المحاكم المصرية بالدعوى وفقا للقاعدة العامة الواردة بالمادة ٢٩ من قانون المرافعات والتي تقضى باختصاص هذه المحاكم مادام أن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر . وقد راعى المشرع عند وضعه لنص الفقرة الثامنة من المادة (٣٠) وما يتضمنه هذا النص من استثناء على القاعدة العامة الواردة في المادة ٢٩ ، حماية الطرف الضعيف في الدعوى (١).

وقد جاء بالملكرة الإيضاحية لقانون المرافعات تعليقا على نص المادة ٢٩ أنه : " على أن انعقاد الاختصاص لمحاكم الجمهورية على أساس موطن المدعى عليه أو محل إقامته هي قاعدة عامة لاتعطلها قواعد الاختصاص الخاصة بمسائل الولاية على المال أو بمسائل الميراث أو غيرها إلا حيث يوجد نص يقضى بخلاف ذلك".

(١) هشام صادق ص ١٤٤ وما بعدها .

الحالة التاسعة :

إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية.

تنص المادة ٩/٣٠ مرافعات على أن تختص المحاكم المصرية بنظر الدعوى " إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية " .

وهذه الحالة تفترض أن الدعوى رفعت على أكثر من مدعى عليه . وجعلت الاختصاص للمحاكم المصرية بنظر الدعوى إذا كان لأحد هؤلاء المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في مصر . ويستوى أن يكون المدعى عليه الذى له موطن أو محل إقامة في مصر شخصا طبيعيا أو اعتباريا .

ويجب أن تكون هناك وحدة فى الموضوع والسبب فى النزاع بين جميع المدعى عليهم . وأن يكون تعدد الخصوم تعددا حقيقيا وليس تعددا صوريا لمجرد مد ولاية القضاء المصرى إلى من لا يخضعون له . ويجب أن يكون للمدعى عليهم مختصمين بصفة أصلية وليس بصفة تبعية أو احتياطية كاختصاص المدينين والكفلاء . ومتى انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية ، فإنه يظل منعقدا لها حتى لو ترك المدعى دعواه بالنسبة للمدعى عليه المقيم فى

مصر وكان الترك جائزا ما لم يدفع أحد المدعى عليهم بعدم اختصاص المحاكم المصرية أو لم يحضر باقى المدعى عليهم .
ويستوى أن يكون المدعى عليه المقيم فى مصر قد اختصم منذ رفع الدعوى بإيداع صحيفة قلم الكتاب أو أدخل فيها بعد ذلك طالما كان خصما حقيقيا حتى لا يؤدى السهو عنه فى الصحيفة إلى نفي اختصاص المحاكم المصرية (١).

وأساس الاختصاص للمحاكم المصرية أن يكون أحد المدعى عليهم أجنبيا له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية . غير أن المحاكم المصرية تختص بالدعوى أيضا إذا تعدد المدعى عليهم وكان أحدهم متمتعا بجنسية الجمهورية أو كان المال موجودا بمصر .

ولا تختص بالدعوى إذا تعدد المدعى عليهم وكانوا جميعا أجنبيا ، وكلفت غير مختصة أصلا بها ، ولكن قبل أحدهم اختصاصها إذ يقتصر هذا القبول فى الاختصاص على المدعى عليه الذى قبله دون الآخرين (٢).

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥١٦ .

(٢) عز الدين عبد الله ص ٧٣٦ - نبيل لسماعيل ص ١٩٥ .

وإذا كان من شأن تعدد المدعى عليهم أن يؤدي إلى جلب الاختصاص لمحاكم الدولة ، فإنه لا يجوز أن يؤدي إلى سلب الاختصاص من هذه المحاكم لصالح محاكم أجنبية .

وذلك على أساس أن التخطي عن القضاء يكون من شأنه الانتقاص من سيادة الدولة ، وعلى أساس أن محاكم كل دولة تكون مستقلة عن محاكم الدول الأخرى . وأن وظيفة كل دولة هي أداء العدالة في إقليمها .

ومع ذلك فهناك اتجاه حديث في فقه القانون الدولي الخاص يسمح بقبول الدفع بإحالة الدعوى من محكمة وطنية إلى محكمة أجنبية مما يؤدي عملاً إلى سلب الولاية من القضاء الوطني^(١) . والضابط المذكور في تحديد اختصاص المحاكم المصرية غير مقيد بنوع الدعوى . ويعمل به في جميع المنازعات .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مؤدى نص المادة ٣٠ من قانون المرافعات وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية أن المشرع عقد الاختصاص للمحاكم المصرية في الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في مصر إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل

(١) الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة أصول المرافعات الدولية ١٩٨٤ ص

إقامة فيها ، وأن معنى التعدد يتحدد طبقا للقانون الوطنى وأنه يجب أن يكون التعدد حقيقيا وليس صوريا بأن توجه إليهم طلبات فى الدعوى وهو يكون غير حقيقى إذا ما كان اختصام الخاضع لولاية القضاء المصرى حاصلًا لمجرد مد هذه الولاية إلى من لا يخضعون لها بأن يكون اختصامهم ليصدر الحكم فى مواجهتهم أو لمجرد المثل فىها لما كان ذلك وكان المطعون عليهما الأول والثانى اختصما للطاعتين وهما أجنبان - والمطعون عليهم من الثالث إلى الأخير وهم مصريون للحكم بإلزامهم جميعا متضامنين بالتعويض المطالب به وذلك على سند من أن الطاعن الأول صاحب إدارة المبانى التجارى والطاعن الثانى والمطعون عليهما الثالث والخامس أعضاء بها والمطعون عليه الرابع موظف لدى المطعون عليهما الأول والثانى وجميعهم ساهم فى الأفعال التى أدت إلى واقعة سحب البيانات أساس دعوى التعويض فيعتبر تعددهم فى الخصومة تعددا حقيقيا وليس صوريا وإذا وجهت إلى المطعون عليهم من الثالث إلى الأخير طلبات فى الدعوى كمسؤولين أصليين وكان لهؤلاء الآخرين محل إقامة فى مصر فينعتد الاختصاص بنظر الدعوى للمحاكم المصرية " .

(طعن رقما ٦٤١ ، ٦٦٨ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٩١/٤/٢٨)

٢١٥- اختصاص المحاكم المصرية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة بالتركة :

تنص المادة ٣١ من قانون المرافعات على أن: " تختص محاكم الجمهورية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة بالتركة متى كانت التركة قد افتتحت في الجمهورية ، أو كان المورث مصرياً أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في الجمهورية " .

فهذه المادة تتناول اختصاص محاكم الجمهورية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة بالتركة.

وتحديد المسائل الخاصة بالإرث هو مسألة تكليف تخضع للقانون المصري .

ويعد من هذه المسائل الشروط الواجب توافرها لاستحقاق الإرث وبيان الورثة وتحديد مراتبهم ونصيب كل منهم وحق المورث في تعيين منفذ الوصية وحق القاضى في تعيين مدير التركة .

والمقصود بالدعاوى المتعلقة بالتركة الدعاوى المدنية البحتة كما هو الشأن بالنسبة للدعوى التى يرفعها دائن المورث طالبا الوفاء بدينه من التركة أو الدعوى التى ترفع على مدين للمورث لاستيفاء أموال للتركة ^(١).

(١) هشام صادق ص ١٣٥ .

غير أنه يشترط أن تكون الدعوى مرفوعة من كل الورثة أو من وارث انتصب نائباً عن باقى الورثة ، فلا يطالب بحق شخصى له إنما بحق للتركة باعتباره ممثلاً لها ، فإن طالب بالحق باعتباره يدخل فى حصته الميراثية فإن المحاكم المصرية لا تكون مختصة بنظر الدعوى بموجب المادة ٣١ مرافعات (١).

وهذه المادة تضم ثلاث حالات لاختصاص المحاكم المصرية بمسائل الإرث وبالدعوى المتعلقة بالتركة هى :

الحالة الأولى :

أن يكون محل افتتاح التركة فى مصر :

تكون المحاكم المصرية مختصة بنظر الدعوى إذا كان محل افتتاح التركة فى مصر .

والتركة تفتتح فى مصر إذا كان آخر موطن للمورث فيها . ولا يقدح فى توافر هذا الموطن أن يكون المتوفى قد غادره قبل وفاته لأمر عارض كالزيارة أو العلاج ثم توفى أثناء الزيارة أو العلاج ، طالما لم تتصرف إرادته إلى التخلّى عن موطنه فى مصر واتخاذ موطناً آخر فى الخارج .

وأساس اعتداد المشرع ببلد افتتاح التركة كضابط للاختصاص فى مواد المواريث هو أن محاكم الدولة التى يوجد بها آخر موطن

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥١٦ وما بعدها .

للمتوفى هي الأكثر على الفصل فى الدعاوى المتعلقة بالتركة لكنها أقرب للمحاكم إلى أموال المتوفى كما أن مصالح دلتيه تتركز عادة فى دائرتها^(١).

الحالة الثانية :

أن يكون المورث مصريا :

فضابط الاختصاص فى هذه الحالة هو تمتع المورث عند وفاته بجنسية الجمهورية . وهو ضابط شخصى غير إقليمى .

ويبدو أن المشرع قد وضع فى اعتباره أنه لو كان المورث مصريا فإن القانون المصرى هو الذى سيطبق على موضوع دعوى الإرث إعمالا للمادة ١٧ مدنى ، مما يجعل اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى أمرا مرغوبا فيه وفقا للفكرة القائلة بأن محاكم الدولة هي الأعلى بتطبيق قانونها .

غير أن للقانون المصرى أن يكون هو الواجب التطبيق بالضرورة ، كما لو كانت الدعوى مثلا من الدعاوى المدنية البحتة المتعلقة بالتركة كدعوى دائن المورث التى يطالب فيها بحق عينى على مال منقول من أموال للتركة كائن فى دولة أجنبية .

أما لو كان المال عقارا فى هذا الفرض فلن تختص المحاكم المصرية بنظر الدعوى أصلا عن ما سنرى^(٢).

(١) هشام صادق ص ١٣٥ ومابعدا .

(٢) هشام صادق ص ١٣٦ ومابعدا .

واختصاص محاكم الجمهورية فى الحالتين المتقدمتين لا يستلزم فى شأنه أى شرط آخر غير ما ذكر . فيكفى أن يكون آخر موطن للمتوفى للجمهورية أو أن يكون المتوفى متمتعاً بجنسية الجمهورية عند وفاته . ولا عبرة بعد ذلك بموقع أموال التركية ، فيصح أن تكون جميعاً فى الجمهورية ، ويصح أن يكون بعضها فى الجمهورية والبعض الآخر فى الخارج ، لأن نص المادة ٣١ لا يستلزم شيئاً من ذلك ، بل إنه هجر ما كان يستلزمه فى المادة ٨٦٠ من القانون الملغى بشأن الحالة الثانية المشار إليها من شروط أخرى فوق كون المورث متمتعاً بجنسية الجمهورية .

فقد كانت هذه المادة توجب لاختصاص محاكم الجمهورية فى الحالة الثانية " أن تكون أموال للتركة كلها أو بعضها فى مصر ولن يكون المورث مصرياً أو أن يكون الورثة كلهم أو بعضهم مصريين " وجاء بالمذكرة الإيضاحية لذلك القانون أنه : " لوحظ أنه إذا كان المورث مصرياً فالقانون المصرى هو الواجب للتطبيق وأموال التركة كلها أو بعضها فى مصر ، وهذان الاعتباران يكتفيان لتبرير الاختصاص ، وكذلك الشأن إذا كان الورثة كلهم أو بعضهم مصريين ، فإن فى جنسيتهم وفى وجود التركة أو جزء منها فى مصر ما يقضى باختصاص المحاكم المصرية " وقد كان هذا النص محل انتقاد من الفقه من حيث عدم الاكتفاء بتمتع المورث بجنسية الجمهورية ضابطاً للاختصاص .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه وإن كانت المادة ٨٨٥ من القانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣٧ قد تضمنت قاعدة من قواعد الاختصاص الداخلى بتحديد الاختصاص للمحكمة الابتدائية للتبليغ لها مكان افتتاح شركة الأجنبى المتوطن بالقطر المصرى ، إلا أن هذه القاعدة فى الوقت ذاته من ضوابط الاختصاص الخارجى فى كثير من القوانين الأجنبية كلما كانت الشركة أموالا منقولة . فإذا كان الحكم قد طبق هذه القاعدة التى أقرها المشرع المصرى فى توزيع الاختصاص الداخلى فى تعرف اختصاص محاكم لبنان بتركة أجنبى متوطن فى دائرتها فإنه لا يكون قد خالف القانون مادامت القاعدة التى طبقها لا تتعارض مع أية قاعدة أخرى أساسية فى القانون المصرى ينعقد بها الاختصاص للمحاكم المصرية وحدها ومتى كان لم يتمسك أحد أمام محكمة الموضوع بأن للشركة عقارات بمصر ."

(طعن رقم ٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٦/١/١٢)

٢- " إن المادة ٨٨٥ من القانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣٧ إذ اشترطت فى اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى الخاصة بتركة أجنبى أن يكون هذا الأجنبى " متوطنا بالقطر المصرى " تكون قد اشتملت فى الواقع على قاعدة من قواعد الاختصاص العام فى

مصر واستبعدت بهذا الشرط تركة الأجنبي المتوطن في بلاد أجنبية من اختصاص المحاكم المصرية " .

(طعن رقم ٤ لسنة ٢٥ قى جلسة ١٩٥٦/١/١٢)

٣- " متى كان الحكم وهو بسبيل تعرف اختصاص محاكم لبنان بإصدار أحكام صادرة منها فى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية قد طبق فى تحديد الاختصاص القواعد القانونية التى كان معمولاً بها وقت صدور تلك الأحكام بصفة نهائية فإنه لا يكون قد أخطأ القانون بعدم تطبيق المادة الأولى من قانون المرافعات المعمول به من ١٥/١٠/١٩٤٩ والمادتين ٨٥٩، ٨٦٠ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات الصادر بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ وذلك متى كانت تلك الأحكام قد صدرت بصفة نهائية قبل العمل بهذا القانون وكانت المسألة المشار إليها مطروحة على المحكمة بصفة أولية يبنى عليها الفصل فى الطلب الأصل فى الدعوى " .

(طعن رقم ٤ لسنة ٢٥ قى جلسة ١٩٥٦/١/١٢)

٤- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه - برفض الدفع بعدم اختصاص دائرة الأحوال الشخصية للمصريين على أن المدعين يتمتعان بالجنسية المصرية أخذاً بالقاعدة التى قررها قانون الجنسية المصرى من أن من يولد لأب مصرى ، يكون مصرياً هو الآخر ، دون نظر إلى مكان ولادته أو جنسية الأم أو

قيام الزوجية وقت الميلاد ، ولأنه لم يثبت كما قرر الحكم أنهما اكتسبا الجنسية البريطانية ، ولما كانت هذه الدعامة من الحكم ليست محل نعى من الطاعنة ، فإنه يكون صحيحا إقامة الدعوى ابتداء ، بثبوت وراثتهما من والدهما المصرى الجنسية أمام دائرة الأحوال الشخصية للمصريين " .

(طن رقم ٢١ لسنة ٣٩ قى "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/١/٩)

الحالة الثالثة :

أن تكون أموال التركية كلها أو بعضها فى الجمهورية :

وضابط الاختصاص فى هذه الحالة هو موقع المال ، وهو ضابط موضوعى إقليمى ، وأنه لا يشترط بجانبه أى شرط آخر ، مثل كون المورث متمتعا بجنسية الجمهورية أو كون موطن له فى الجمهورية . وقد خالف المشرع بذلك ما سبق أن اتبعه فى قانون المرافعات الملغى من عدم الاكتفاء بموقع أموال التركية كلها أو بعضها فى الجمهورية ضابطا للاختصاص .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات أنه :

"ونص المادة ٣١ يجمع بين حكمى المادتين ٣ فقرة ٣ و ٨٦٠ فقرة ٢ من القانون القائم مع تعديل هذه الأخيرة بالاكتفاء بكون المورث مصريا أو كون أموال التركية كلها أو بعضها فى الجمهورية دون فى الجمهورية دون إضافة ضابط آخر للاختصاص إلى كل منهما".

ويقوم الاختصاص في هذه الحالة على أساس أن مصر هي دولة موقع الأموال ومن ثم تختص محاكمها بالدعوى المتعلقة بها، وهو ترديد للمبدأ العام للوارد بالفقرة الثانية من المادة (٣٠).

ومع ذلك بطل هناك فارق هام بين اختصاص المحاكم المصرية القائم على وجود المال في مصر والمنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة (٣٠) وبين اختصاص هذه المحاكم في مسائل الإرث وفقا للمادة ٣١ محل البحث . ففي هذه الحالة الأخيرة يكفي لاختصاص المحاكم المصرية بدعوى الإرث أو الدعوى المتعلقة بالتركة أن تكون بعض أموال التركة في مصر ولو كان المال محل النزاع كائنا في دولة أجنبية^(١).

غير أن الأمر يختلف بالنسبة للعقارات الكائنة في دولة أجنبية على ما سنرى في موضعه عند التعرض للاستثناء الوارد على القاعدة العامة في شأن الاختصاص بمسائل التركات .

ونشير في النهاية إلى أن عدم توافر أحد ضوابط الاختصاص الثلاثة المتقدمة لايحول دون اختصاص المحاكم المصرية بمسائل الإرث أو بالدعوى المتعلقة بالتركة مادام أن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر وفقا للقاعدة العامة الواردة في المادة ٢٩ من قانون المرافعات .

(١) هشام صادق ص ١٣٧ .

٢١٦- قبول الخصم ولاية المحاكم المصرية :

تنص المادة ٣٢ من قانون المرافعات على أن : تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا " .

فالقانون الدولى الخاص يسمح لإرادة الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة القانونية القائمة فيما بينهم .

فإذا كان للإرادة دور فى تحديد الاختصاص التشريعى ، فيكون لها من باب أولى ذات الدور فى تحديد الاختصاص القضائى .

ويطلق على الاتفاق الإرادى على تحديد المحكمة المختصة اسم الشرط المانع للاختصاص .

فيجوز للخصوم قبول ولاية القضاء المصرى رغم أن النصوص الواردة فى هذا الشأن، لاتجعل النزاع فى ولاية هذه المحاكم .

وأساس قاعدة الخضوع الإرادى للمحاكم المصرية ليس هو عدم تعلق هذه القواعد بالنظام العام . وإنما أساسها هو حماية مصالح الأفراد^(١) .

وقبول اختصاص محاكم الجمهورية قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا وهو فى الحالتين قد يكون من جانب المدعى كما قد يكون

(١) نبيل اسماعيل ص ١٩٨ .

من جانب المدعى عليه وهذا هو الغالب - وقد يكون من جانب الطرفين .

والقبول الصريح يتحقق عادة بالنص عليه في التصرف القانوني الذي تستند إليه الدعوى . وغالبا ما يكون قبول الاختصاص في هذه الحالة عاما فلا يقتصر على دعوى بعينها .

أما القبول الضمني فهو ما يحمل عليه سلوك الخصم . وهو يتحقق عادة من ناحية المدعى برفع دعواه أمام محاكم الجمهورية . ويتحقق بالنسبة للمدعى عليه إذا ما رفعت عليه الدعوى أمام هذه المحاكم فحضر ولم يتمسك بعدم اختصاصها بالدفع به في أول الخصومة .

أما إذا حضر ونفع بعدم الاختصاص تعين على المحكمة أن تجيبه إلى طلبه .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات تطبقا على المادة ٣٢ أنه :

" تجيز المادة ٣٢ عقد الاختصاص لمحاكم الجمهورية إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا وقد سوى المشرع بين القبول الصريح والقبول الضمني في هذا الشأن معالجا بذلك ما وجه من نقد إلى نص المادة ٨٦٢ من القانون القائم بسبب اقتصار حكمها على حالة القبول للصريح ، ومعمما هذا الحكم بحيث يشمل

للمنازعات فى مواد الأحوال العينية وفى مواد الأحوال الشخصية على السواء " ولايحمل غياب المدعى عليه على قبوله الاختصاص، بل يتعين على المحكمة فى هذه الحالة أن تقضى بعدم اختصاصها وهذا هو ما تنص عليه المادة ٣٥ مرافعات صراحة فى قولها : "إذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن محاكم الجمهورية مختصة بنظر الدعوى طبقا للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها". وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات تعليقا على هذه المادة " تنص المادة ٣٥ على أنه إذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن محاكم الجمهورية مختصة بنظر الدعوى طبقا للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها، وهى منقولة عن المادة ٨٦٧ من القانون الحالى ، ويبرر حكمها أنه لايمكن أن يستبان من مجرد عدم حضور المدعى عليه قبوله ولاية هذه المحاكم " .

وسند هذا الحكم أن غياب المدعى عليه لايمكن بحال أن يحمل على قبوله اختصاص المحكمة، كما أن إلزامه بالحضور للدفع بعدم الاختصاص فيه إرهاب له ، خاصة إذا كان مقيما خارج الدولة المرفوعة الدعوى لدى محاكمها .

وقبول اختصاص محاكم الجمهورية غير مقيد بنوع الدعوى ، وذلك فيما عدا الدعوى العقارية التى تتعلق بعقار وقع فى الخارج،

إذ لا يمكن عقد الاختصاص بها لمحاكم الجمهورية على أساس القبول. ومن ثم فهو يسرى على الدعاوى العينية والدعاوى للشخصية على السواء.

ويشترط الفقه لفعالية الخضوع الإرادى للمحاكم المصرية ضرورة توافر رابطة جدية بين النزاع والمحاكم المصرية ، وذلك لتسهيل عملية تنفيذ الحكم الصادر . فإذا لم تثبت هذه الرابطة جاز للمحاكم المصرية أن تحكم بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها .

كما يشترط ألا يكون الاتفاق على الاختصاص منطوياً على غش. ويظهر ذلك فى الحالة التى يتلزم فيها الاختصاص القضائى مع الاختصاص التشريعى .

غير أنه لا يجوز الاتفاق على عدم اللجوء إلى المحاكم المصرية والالتجاء إلى سلطة قضائية فى دولة أجنبية أو محكمين يباشرون وظيفتهم فى دولة أجنبية^(١).

٢١٧- اختصاص محاكم الجمهورية بالفصل فى المسائل الأولية والطلبات العارضة والمرتبطة :

تنص المادة ٣٣ من قانون المرافعات على أنه :

" إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلية فى اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل فى المسائل الأولية والطلبات

(١) أحمد مليجى ص ٧٩٦ .

العارضة على الدعوى الأصلية كما تختص بالفصل فى كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضى حسن سير العدالة أن ينظر معها .

وعلى ذلك فإنه متى ثبت الاختصاص بدعوى لمحاكم الجمهورية اختصت هذه للمحاكم بالنظر فى المسائل الأولية التى يلزم الفصل فيها للفصل فى هذه الدعوى ، واختصت أيضا بالنظر فى الطلبات العارضة التى تبدى أثناء نظرها سواء قدم الطلب من المدعى (الطلبات الإضافية) أو من المدعى عليه ضد المدعى ردا على دعواه (دعاوى المدعى عليه) أو من شخص خارج عن الخصومة إلى الخصوم (التدخل) أو من أحد الخصوم فى الدعوى إلى شخص خارج عن الخصومة (اختصام الغير) ومن تطبيقاته (دعوى الضمان الفرعية) والحكمة فى ذلك تحقيق حسن سير العدالة حتى لا تنشأ أوصال القضية أو يتعطل الفصل فيها بسبب فرعى يمكن للمحكمة التصدى له حتى لو كان الاختصاص به منعقدا لمحكمة أخرى أجنبية .

ومثال المسائل الأولية تحديد جنسية أحد الخصوم ، حين يكون هذا التحديد لازما لتحديد اختصاص المحاكم المصرية .

ويطبق قانون القاضى فى تحديد متى يعتبر الأمر مسألة أولية ، ومتى يكون الفصل فيها لازما للفصل فى الدعوى .

ومن جهة أخرى تختص المحاكم المصرية بالطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي ، وهى التى تتصل بصلة وثيقة بهذا الأخير ، مما يجعل من المفيد جمعهما أمام محكمة واحدة . ويمرر هذا الحكم على كافة المنازعات ومنها المنازعات العينية .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات أنه :
تقرر المادة ٣٣ اختصاص محاكم الجمهورية بالفصل فى المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية المرفوعة إليها فى حدود اختصاصها ، كما تختص بالفصل فى كل طلب مرتبط بهذه الدعوى ويقتضى حسن سير العدالة أن ينظر معها . وهذه كلها أمور مسلمة فى فقه القانون الدولى الخاص نص على بعضها فى المادة ٨٦٤ من القانون القائم وينسحب على الاختصاص فى مواد الأحوال العينية رغم عدم النص عليه فى المادة ٣٣ من هذا القانون ، وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة * .

غير أنه لايجوز سلب اختصاص محاكم الجمهورية بالدعوى لصالح محكمة أجنبية استناداً إلى أن هذه المحكمة تختص بها وفقاً لقانونها بوصفها مسألة أولية أو طلباً عارضاً فى دعوى أصلية قائمة لديها وذلك لعدم انتقاص ولاية القضاء الوطنى ^(١) . كذلك لايجوز التمسك أمام محاكم الجمهورية بقاعدة الجنائى يوقف المدنى

(١) نبيل اسماعيل ص ٢٠١ - عز الدين عبد الله ص ٧٣١ .

متى كانت الإجراءات الجنائية متخذة لدى محكمة أجنبية ، وذلك لأن الأحكام الجنائية الأجنبية لا تحوز فى الجمهورية حجية الشيء المقضى .

٢١٨- اختصاص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التى تنفذ فى الجمهورية :

تنص المادة ٣٤ من قانون المرافعات على أن : " تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التى تنفذ فى الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية " . فتختص محاكم الجمهورية بالإجراءات الوقتية والتحفظية التى تنفذ فى الجمهورية ، ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية. حتى لو كانت الدعوى الأصلية منظورة أمام محكمة أجنبية .

ومن باب أولى تختص المحاكم المصرية بالإجراءات الوقتية والتحفظية إذا كانت تختص بنظر الدعوى الأصلية .

ويقوم اختصاص القضاء الوطنى بهذه الإجراءات على اعتبارات العدالة وضرورة حماية الحقوق والأموال المتنازع عليها، وهو الأمر الذى تستلزمه متطلبات الأمن والسكينة والأمن ، كما تستلزمه مقتضيات التعايش المشترك فى الجماعة الدولية ^(١).

(١) هشام صادق ص ١٩٠ .

وبناء على ذلك تختص المحاكم المصرية بطلب وضع الأختام والحراسة ، وبيع ما يخشى عليه من التلف ، وغير ذلك من التدابير المقصود بها المحافظة على الحقوق مثل تقرير النفقة الوقتية للزوجة أو للأقارب أو للمصاب فى دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضار .

أما إذا كان الإجراء الوقتى يراد استصداره من المحاكم المصرية لتنفيذه بالخارج ، كدعوى مستعجلة بفرض الحراسة القضائية على عقار بالخارج ، فإن هذا الاختصاص يخرج عن نطاق المادة ٣٤ من قانون المرافعات ، ويخضع للقواعد العامة المقررة فى الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية والتي جاءت خلوا من عقد الاختصاص لتلك المحاكم^(١).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للكتاب الرابع من قانون المرافعات الملغى تعليقا على المادة ٨٦٣ والتي نقلت عنها المادة ٣٤ من قانون المرافعات الجديد أنه : " جطت المادة ٨٦٣ للمحاكم المصرية وحدها حق الأمر بالتدابير الوقتية والإجراءات التحفظية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية ، فيجب الالتجاء إليها لوضع الأختام أو الحراسة أو بيع ما يخشى عليه من التلف وغير ذلك من التدابير المقصود بها المحافظة على الحقوق . كذلك يلجأ

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥٢١ .

إليها في النفقة الوقتية المطلوبة بصفة مستعجلة متى كان للزوج أو
لل قريب الملزم بها مال يصح للتنفيذ عليه في الجمهورية . وقد
جرى لقضاء الفرنسي على اختصاصه بهذه الحالة على أساس أن
تدبير النفقة الضرورية العاجلة لإنسان على أرض الدولة أمر يتعلق
بالسلام العام " .

كما جاء بالملزمة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد عن
المادة (٣٤) ما يلي : " تنص المادة ٣٤ على منح الاختصاص
لمحاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والحفظية التي تنفذ
في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية ، وهي
منقولة عن المادة ٨٦٣ من القانون الحالي .

وقد أريد بهذا النص أن يشمل الأحوال العينية والأحوال
الشخصية على خلاف المادة ٨٦٣ التي جاء حكمها مقصورا على
الحالة الثانية دون الأولى " .

وتنفذ الأحكام والقرارات الصادرة في بلد أجنبي بنفس الشروط
المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام المصرية فيه ، وبطلب
التنفيذ بدعوى ترفع للمحكمة الابتدائية التي يراد للتنفيذ بدائرتها ،
فإذا كان ذلك البلد يوجب رفع دعوى لتنفيذ الحكم المصري ويعطى
محاكمه حق مراجعته فيما قضى به وجب اتباع ذلك أيضا عند
تنفيذ أحكام هذا البلد في مصر ، وذلك وفقا لمبدأ المعاملة بالمثل ،

ويقتضى هذا رجوع المحكمة المصرية قبل أن تأمر بالتنفيذ إلى قانون البلد الذى صدر به الحكم للوقوف عما إذا كان لها مراجعة هذا الحكم من عدمه ، وذلك ما لم توجد معاهدة خاصة بذلك إذ تكون هى الواجبة الاتباع دون نصوص قانون المرافعات- وعلى القدر الذى يراجع به الحكم المصرى تكون مراجعة الحكم الأجنبى، فقد تمتد إلى الأركان الجوهرية فى الحكم ثم إلى الموضوع وما تم فى شأنه من إجراءات ، ويبحث ذلك وفقا للقانون الذى طبقه الحكم^(١).

٢١٩- مدى تعلق الاختصاص الدولى بالنظام العام :

يذهب رأى فى الفقه إلى أن قواعد الاختصاص القضائى الدولى فى مصر تعتبر متعلقة بالنظام العام^(٢).

بينما يذهب رأى السائد إلى أن قواعد الاختصاص الدولى لاتتعلق جميعها بالنظام العام ، وإنما يعتبر متعلقا بالنظام العام منها ما يمس كيان الدولة الاجتماعى أو السياسى، فكل ما يؤثر فى ذلك أو يتصل به فهو متعلق بالنظام العام. فالاختصاص المتعلق بالأحوال الشخصية يمس النظام الاجتماعى فى الدولة التى تستأثر بهذا

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥٢٢ .

(٢) أحمد مليجى ص ٧٩٦ - أحمد أبو الوفا ص ٤٥ .

الاختصاص وتحدد شروطه سواء بالنسبة لمواطنيها أو بالنسبة للأجانب المتوطنين بها ، ومن ثم يتعلق هذا الاختصاص بالنظام العام بما لا يجوز معه الاتفاق على ما يخالفه صراحة بالنص عليه أو ضمنا بقبول الحكم الصادر من المحكمة الأجنبية وحينئذ يعتبر الحكم باطلا بطلانا مطلقا في مصر فلا يجوز الأمر بتنفيذه^(١).

والاختصاص المتعلق بنظام الأموال في مصر يمس الجانب الاقتصادي فيها ولذلك فهو يتعلق بالنظام العام . فالدعاوى المتعلقة بالتركة والإرث متى كانت التركة قد افتتحت في مصر أو كان المورث مصرياً أو كانت أموال التركة أو بعضها في مصر ينعقد الاختصاص بها للمحاكم المصرية . كما ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بالدعاوى العقارية متى كان العقار موجوداً في مصر ويمتد إلى الدعاوى العقارية الشخصية والدعاوى الشخصية المتعلقة بعقار موجود بمصر . وعندما ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية وتقام الدعوى أمامها استناداً إلى نص آخر في القانون المصري فإن هذا الاختصاص يتعلق بالنظام العام^(٢).

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥٢٦- نبيل إسماعيل ص ٢٠٥ .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٥٢٧ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" عدم اختصاص المحاكم الإنجليزية بتطبيق المدعى عليه المتوطن فى مصر من المدعية هو أمر متعلق بالنظام العام فلا يصححه قبول المدعى عليه وعدم استئنائه فى بلده ثم حضوره فى دعوى النفقة أمام محكمة بلده دون أن يدفع بعدم اختصاصها وتنفيذه أحد أحكام النفقة من تلقاء نفسه معترفا بحكم التطبيق " .

(طعن رقم ٤ لسنة ٢٤ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٦/١٢/١٩٥٤)

٢٢٠- قضاء محاكم الجمهورية بعدم اختصاصها إذا لم

يحضر المدعى عليه :

(راجع بند ٢١٦) .

٢٢١- ثانيا : الإجراءات :

رأينا أن المادة ٢٢ من التقنين المنى تنص على أن : " يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تبأثر فيه الإجراءات " وعلى ذلك فلن القانون الذى ينظم قواعد المرافعات هو قانون القاضى المعروض عليه النزاع لأن هذه القواعد تنظم سلطة عامة من سلطات الدولة وتكفل حسن سير القضاء ، فهى لذلك تتصل بالنظام العام ولايتصور أن تختلف قواعد المرافعات باختلاف جنسية المتقاضين .

٢٢٢- المقصود بالإجراءات :

نشير بدئى ذى بدء إلى أن تحديد ما يدخل فى نطاق الإجراءات، هو مسألة تكليف ، والتكليف يخضع - وفقا لنص المادة العاشرة من القانون المدنى - للقانون الوطنى ومؤدى ذلك أنه يتعين الرجوع إلى المبادئ العامة فى القانون المصرى لمعرفة المسائل التى تدخل فى مضمون فكرة الإجراءات ، وليست فى الموضوع .

ويدخل فى الإجراءات إجراءات الخصومة منذ نشأتها إلى أن تنتهى فهى تشمل البيانات التى يجب أن تتوفر فى صحيفة افتتاح الدعوى ، ومواعيد الحضور وجزاء النقص فى هذه البيانات ومخالفة المواعيد ، وقيد الدعوى وميعاده وجزاء عدم القيد فى الميعاد ، وأثر غياب الخصوم فى سير الخصومة، ووقف الخصومة وانقطاعها . والحكم فى الدعوى والطعن على هذا الحكم بالطرق المقررة ثم نظر الطعن فالحكم فى تنفيذ الحكم والإشكال فى تنفيذه .

ويذهب القضاء الأنجلوسكسونى بصفة عامة إلى تطبيق قانون التقاضى فى شأن التقادم بوصفه من مسائل الإجراءات ويميل جانب من الفقه الفرنسى إلى الأخذ بنقص الحل على أساس تعلق التقادم بالدعوى أكثر من تعلقه بالموضوع .

ويرى جانب آخر من الفقه الفرنسى مؤيدا من بعض أحكام القضاء تطبيق قانون موطن المدين ، على أساس أن التقادم يهدف أساسا إلى حماية المدين .

بينما يذهب رأى فى الفقه الفرنسى والفقه المصرى - نفضله - إلى خضوع التقادم للقانون الذى يحكم الموضوع . فالتقادم طريقة من طرق انقضاء الحق ، ومن ثم فإن القانون الذى يسرى فى شأنه هو نفس القانون الذى يحكم الحق موضوع النزاع (١).

ولاشك أن هذا الحل الأخير يتجنب مفاجأة الدائن صاحب الحق بسقوط حقه بالتقادم وفقا لقانون موطن للمدين فيما لو غير هذا الأخير موطنه الأصلى . ويرتب على هذا الاتجاه أن يخضع التقادم فى دعاوى الحالة للقانون الشخصى بوصفه القانون الذى يحكم الموضوع كما يخضع التقادم المسقط للحق العينى لقانون موقع المال لتعلق الأمر فى هذا الغرض بمركز الأموال أسوة بالتقادم المكسب (٢).

ولا تعتبر أهلية للتقاضى - وفقا للرأى الراجح فى الفقه - من مسائل الإجراءات، وبالتالي فهى لاتخضع لقانون القاضى . وإنما تعتبر أهلية للتقاضى مسألة موضوعية يحكمها قانون الجنسية وفقا لنص المادة (١١) من اللتقين المدنى . وبالنسبة لأهلية الشخص الاعتبارى فيسرى عليها قانون مركز الإدارة الرئيسى .

(١) هشام صادق ص ٢١١ .

(١) هشام صادق ص ٢١٢ - عز الدين عبد الله ص ٧٩٩ .

والمقصود بأهلية التقاضى على هذا النحو هو أهلية الأداء اللازمة لمباشرة حق التقاضى بعد ثبوته للشخص . أما أهلية الوجوب ، أو مدى حق الشخص فى الالتجاء إلى القضاء ابتداء ، فهى تخضع لقانون الدولة التى يدعى الشخص تمتعه بالحق فى إقليمها ، وهو قانون القاضى فى هذه الحالة . وللوطنيين عادة حق الالتجاء إلى قضاء دولتهم . أما الأجانب فقد تقيد الدولة حقهم فى الالتجاء إلى قضائياتها وفقا لما تقضى به القواعد المنظمة لمركز الأجانب فيها ^(١) .

كذلك لا تعتبر الصفة من قواعد الإجراءات فلا تخضع لقانون القاضى ، وإنما تخضع للقانون الذى يحكم الموضوع . وبالنسبة لقواعد الإثبات ، فإن القواعد الموضوعية فى الإثبات كمحل الإثبات وعيب الإثبات تخضع للقانون الذى يحكم الموضوع .

أما الإجراءات المتعلقة بالإثبات ككيفية سماع الشهود أو الاطلاع على المستندات أو إجراءات الإدعاء بالتزوير أو استجواب الخصوم فتخضع لقانون القاضى ^(٢) .

(١) هشام صادق ص ٢٠٥ ومابعدا- عز الدين عبد الله ص ٧٩٥ ومابعدا.

(٢) حامد زكى ص ٤٣٤ ومابعدا - عز الدين عبد الله ص ٨٠٠ ومابعدا.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" وفقا للمادة ٢٢ من القانون المدني يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات ولايغير من ذلك ما نصت عليه المادة ٩٠٥ من قانون المرافعات من أن الدعوى بإثبات النسب ترفع وفقا للأحكام والشروط وفى المواعيد التى ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب إليه من الوالدين وتتبع فى إثباتها القواعد التى يقرها القانون المذكور إذ لم يقصد بها - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٧١ - إلا " تعيين الأحوال التى تقبل فيها الدعوى والمواعيد التى يجب أن ترفع فيها والقواعد التى تتبع فى إثباتها وهى مسائل تتصل بالحق موضوع النزاع اتصالا لايقبل الانفصام " .

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٣٥ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٥/٣/١٩٦٧)

٢- " للمادتان ٢٧٤ و ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى المصرى تنطلقان بالدعوى لا بالحق المراد حمايته بمقتضاها، ذلك أنهما وردتا دون سواهما فى الفصل الرابع عشر من قانون التجارة البحرى تحت عنوان فى عدم سماع الدعوى على خلاف المواد ٢٦٩ وما يليها ، ولتى جاءت ضمن مواد الفصل الثالث عشر من ذلك القانون بعنوان زوال الحقوق بمضى المدة ، مما يقيم فارقا بين

نوعى المواعيد الواردة فى كل من الفصلين المشار إليهما، وإذ استهدف المشرع بهاتين المادتين تنظيم إجراءات التقاضى ومواعيد إتمامها وإلا سقط الحق فى إقامة الدعى دون أن يمتد السقوط إلى الحق فى ذاته ، وذلك بقصد إضفاء حماية على الناقل فلا يطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق بالبضاعة فى وقت متأخر قد يتعذر عليه فيه إثبات قيامه بتنفيذ التزاماته ، فإن فى ذلك جميعه ما يسبغ على القواعد المقررة بهاتين المادتين صفة الإجراءات التى لاتمس موضوع الحقوق المتنازع عليها فتخضع بذلك لقانون القاضى فى معنى المادة ٢٢ من القانون المدنى ، ولا يقدح فى ذلك أنه يجوز للطرفين عند إبرام عقد النقل إنقاص أو زيادة للمواعيد المقررة بالمادتين المشار إليهما بتحديد مواعيد أخرى به أو بالاتفاق على المواعيد الواردة فى هذا للخصوص بقانون أجنبى أو أنه يجوز التنازل صراحة أو ضمنا عن الدفع المقرر بموجب هاتين المادتين لدى تسلم البضاعة أو بعد ذلك باعتبار هذه المواعيد غير متعلقة بالنظام العام ، طالما أن المادة ٢٢ المشار إليها قد أخضعت كافة قواعد المرافعات لقانون القاضى ، وإن كانت غير متعلقة بالنظام العام ويجوز الاتفاق على ما يخالفها .

(طعن رقم ١٨٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٠/٥/١٩)

٣- " المادتان ٢٧٤، ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى المصرى
تتعلقان ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- بالدعوى لا
بالحق المراد حمايته بمقتضاها ، ذلك أنهما وردتا دون سواهما فى
الفصل الرابع عشر من قانون التجارة البحرى تحت عنوان " فى
عدم سماع الدعوى" على خلاف المواد ٢٦٩ وما يليها ، والتي
جاءت ضمن مواد الفصل الثالث عشر من ذلك القانون بعنوان
"زوال الحقوق بمضى المدة" مما يقيم فارقاً بين نوعى المواعيد
الواردة فى كل من الفصلين المشار إليهما. وإذا استهدف المشرع
بهاتين المادتين تنظيم إجراءات التقاضى ومواعيد إتمامها وإلا سقط
الحق فى إقامة الدعوى دون أن تمتد السقوط إلى الحق فى ذاته،
وذلك بقصد إضفاء حماية على النقل فلا يطالب بالتعويض عن
الضرر اللاحق بالبضاعة فى وقت متأخر قد يتعذر عليه فيه إثبات
قيامه بتنفيذ التزاماته ، فإن فى ذلك جميعه ما يسبغ على القواعد
المقررة بهاتين المادتين صفة الإجراءات التى لاتمس موضوع
الحقوق المتنازع عليها ، فتخضع بذلك لقانون القاضى فى معنى
المادة ٢٢ من القانون المدنى ، ولا يقدح فى ذلك أنه يجوز للطرفين
عند إيراد عقد النقل إتفاص أو زيادة المواعيد المقررة بالمادتين
المشار إليهما بتحديد مواعيد أخرى به أو بالاتفاق فيه على المواعيد
الواردة فى هذا الخصوص بقانون أجنبى أو أنه يجوز للتنازل

صراحة أو ضمناً عن الدفع المقرر بموجب هاتين المادتين لدى تعلم البضاعة أو بعد ذلك باعتبار هذه المواعيد غير متعلقة بالنظام العام ، طالما أن المادة ٢٢ المشار إليها قد أخضعت كافة قواعد المرافعات لقانون القاضى وإن كانت غير متعلقة بالنظام العام ، ويجوز الاتفاق على ما يخالفها " .

(طعن رقم ٣٩٣ لسنة ٣٦ قى جلسة ١٩٧١/٣/٢٣)

مادة (٢٢)

لا تسرى أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في مصر .

الشرح

٢٢٢- عدم سرّيان أحكام المواد السابقة إذا وجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو في معاهدة :

بعد أن نص التقنين المدني في المواد (١٠ - ٢٢) على القواعد التي تتبع في حالة تنازع القوانين من حيث المكان ، أُرِدَت المادة (٢٣) على أنه لا تسرى أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في مصر .

والمراد بالقانون الخاص هو القانون المصري، فعندما يعرض نزاع على القاضى المصرى، فإنه يرجع إلى قواعد الإسناد لمعرفة القانون الواجب التطبيق ، ويتعين عليه الرجوع أولاً إلى قاعدة الإسناد التى يحددها القانون الخاص. إن وجد حتى لو كانت هذه القاعدة تتعارض مع قاعدة إسناد أخرى تضمنها القانون المدني باعتباره قانوناً عاماً فى مجال قواعد الإسناد ، فإذا أشارت قاعدة الإسناد الواردة بالقانون الخاص بتطبيق قانون دولة معينة على النزاع المطروح ، بينما أشارت قاعدة الإسناد الواردة بالقانون

المدنى بتطبيق قانون دولة أخرى ، فإن القاضى فى هذه الحالة يطبق القانون الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد الواردة بالقانون الخاص .

فإذا طبق القاضى أحكام القانون المدنى التى كانت تختلف عن حكم القانون الخاص كان الحكم مشوباً بالخطأ فى تطبيق القانون مما يستوجب نقضه .

ويلجأ المشرع إلى القانون الخاص ليضمن سلامة قاعدة الإسناد وحسن تطبيق القانون الوطنى وحينئذ تتعلّق القاعدة بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وإذا أصدر القضاء المصرى حكماً بالمخالفة لها كان باطلاً بشرط أن يطعن عليه ، أما إن حاز قوة الأمر المقضى ، تحصن من البطلان إذ تعلو حجية الأحكام على اعتبارات النظام العام^(١) .

ويصرى هذا للحكم إذا وجد نص على خلاف القانون المدنى فى معاهدة دولية نافذة فى مصر .

فإذا اختلفت قواعد الإسناد الواردة بالمعاهدة عن تلك الواردة بالقانون المدنى ، تعين على القاضى تطبيق القواعد الأخيرة وهذا الحكم يتماشى مع القواعد العامة فى تفسير النصوص وفى فقه القانون الدولى الخاص .

(١) المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد ص ٢٣٧ .

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"قواعد التفسير تقضى بأن الحكم الخاص يحد من إطلاق الحكم العام بالنسبة إلى الحالة التى أريد للتخصيص فى شأنها أما المعاهدات فلا تكون نافذة فى مصر إلا إذا صدر تشريع يقضى بذلك . ومتى صدر هذا التشريع وجب إمضاء أحكام المعاهدة وفقا لما استقر عليه الفقه ولو تعارضت مع القواعد التى تقدمت الإشارة إليها " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - يبين من الأعمال التحضيرية الخاصة بأحكام المعاهدة الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن الموقعة ببروكسل فى ٢٥ من أغسطس سنة ١٩٢٤ - أنه إذا هلك البضاعة المشحونة أو لحقها تلف أو نقص وتعرز تحديد حصول هذا الهلاك - أهو قد حصل قبل الشحن لم بعد التفريغ أم أثناء الرحلة البحرية- فإن الضرر يفترض وقوعه فى فترة النقل البحرى بمعنى الكلمة- أى فى الفترة التى تتقضى بين شحن البضاعة وتفريغها فقط ، إلا إذا أثبت الناقل أن الهلاك قد حدث أثناء العمليات السابقة على الشحن أو اللاحقة للتفريغ ، وإن فإذا كان سند الشحن قد نص صراحة على أن الشحن قد تم وفقا لقانون نقل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٠٦ .

البضائع بطريق البحر (معاهدة بروكسل سنة ١٩٢٤) ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلا مما يدل على أن الطاعتين قد قامتا بإثبات أن فقد محتويات الصندوق موضوع الدعوى قد حصل قبل شحنه أو بعد تفريفه، فإن ما انتهى إليه للحكم من تحميلها مسئولية هذا الفقد تأسيسا على حصوله أثناء الرحلة البحرية لا يكون مخالفا للقانون .

(ب)- " بعد أن أوجبت الفقرة الثالثة من المادة الثانية من معاهدة الشحن على الناقل أو الربان أو وكيل الناقل بعد استلام البضائع و أخذها في عهده أن يسلم إلى الشاحن بناء على طلبه سند شحن يتضمن مع بياناته المعتادة بيانات أوردتها في البنود (أ،ب،ج) من تلك الفقرة ، نصت على ما يأتي " ومع ذلك فليس الناقل أو الربان أو وكيل الناقل ملزما بأن يثبت في سندات الشحن لو بدون فيها علامات أو عدد أو كمية أو وزن إذا توافر له سبب جدى يحمله على التشك في عدم مطابقتها للبضائع المسلمة إليه فعلا أو عندما لا تتوافر لديه الوسائل الكافية للتحقق من ذلك " ، ومؤدى ذلك أن مثل ، هذا التحفظ الذى يدونه الناقل فى سند الشحن تدليلا على جهله بمحتويات البضاعة المسلمة إليه أو بصحة البيانات المدونة عنها بسند الشحن لا يعتد به ولا يكون له اعتبار فى رفع مسئوليته عن فقد البضاعة المسلمة إليه إلا إذا كانت لديه أسباب

جدية للشك فى صحة بيانات الشحن ، لو لا يكون لديه الوسائل الكافية للتحقق من صحة هذه البيانات ، ويقع عبء إثبات جدية أسباب هذا الشك أو عدم كفاية وسائل التحقق من صحة تلك البيانات على عاتقه ، فإن عجز عن هذا الإثبات تعين عدم التعويل على هذا التحفظ ، فإذا كان لا يبين من الحكم المطعون فيه أن الطاعنتين قد قامتوا بإثبات شئ مما سبق ، وكانت الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من المعاهدة سالفة الذكر تنص على أنه "يُعتبر سند الشحن المحرر بهذه الكيفية (المبينة فى الفقرة الثالثة فى المادة الثالثة) قرينة على أن ناقل البضاعة تسلمها بالكيفية الموصوفة بها طبقاً للفقرة الثالثة "أ، ب، ج" من هذه المادة ما لم يَقم الدليل على خلاف ذلك " ، فإن الطاعنتين لا تفيدان من شروط التحفظ المدون فى سند الشحن " .

(ج) - " غير منتج للنعى على الحكم الابتدائى إشارته فى أسبابه إلى وزن الصندوق عند شحنه ونقص هذا الوزن عند تسلمه فى الجمرک، فى حين إنه لم يدون فى سند الشحن وزن هذا الصندوق بالذات ، إذا كان الحكم المطعون فيه لم يعتمد على أسباب الحكم الابتدائى فى هذا الخصوص، وإنما أقام قضاءه بفقد محتويات الصندوق على أسباب أخرى خلاف نقص وزنه كافيهِ لحمله" .

(د) - " تحديد مسؤولية الناقل الواردة فى الفقرة الخامسة من المادة الرابعة من معاهدة سندات الشحن الموقعة فى سنة ١٩٢٤ لايسرى فى حالة الغش وإنما يسرى فيما دون ذلك من حالات الخطأ جسيما كان أو غير جسيم ، ويشترط فى الغش الذى يحرم الناقل من الإفادة من هذا التحديد أن يكون منسوباً إليه شخصياً، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن ما حدث بالصندوق من تلف أو عبث كان بطريق الغش إلا إنه لم ينسب هذا الغش إلى الشركة الناقلة شخصياً وإنما نسبته إلى عمالها ولكنه قضى بالرغم من ذلك على الطاعنتين بالتعويض كاملاً من غير تفديد بالتحديد الوارد فى تلك المادة، فإنه يكون مخالفا للقانون بما يستوجب نقضه".

(هـ) - " إذا كان الواقع فى الدعوى أن سند الشحن لم يدون فيه قيمة البضاعة المشحونة فإنه طبقاً للفقرة الخامسة من المادة الرابعة من معاهدة سندات الشحن الموقعة سنة ١٩٢٤ يجب ألا يتعدى التعويض المستحق عن فقد تلك البضاعة مبلغ مائة جنيه استرليني تساوى بالجنيهاً المصرية ٩٧ جنيهها و ٥٠٠ ملجم - ولا يعتد فى هذا الصدد بالقول بوجوب دفع مبلغ المائة جنيه استرليني بقيمتها الذهبية طبقاً لنص للفقرة الأولى من المادة التاسعة من المعاهدة لبطلان شرط الذهب فى هذا الخصوص - على ما جرى به قضاء محكمة النقض ".

(طعن رقم ١٢٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/٢/١١)

٢- (أ) - " لما كانت معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسند الشحن والتي وافقت عليها مصر بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٤٠ وانضمت إليها وأصدرت مرسوما بقانون فى ٣١ من يناير سنة ١٩٤٤ يقضى بالعمل بها من ٢٩ من مايو سنة ١٩٤٤ تنص فى مادتها العاشرة على أن " تسرى أحكام هذه المعاهدة على كل سند شحن يعمل فى إحدى الدول المتعاقدة " فإن مفاد هذا النص - وقد ورد فى المعاهدة التى أصبحت تشريعا نافذ المفعول فى مصر- أن أحكام هذه المعاهدة لا تسرى على العلاقة القانونية المترتبة على النقل البحرى بين الناقل والشاحن إلا إذا كان سند الشحن صادرا فى دولة موقعة عليها أو منضمة إليها. وإذا لاتعدو هذه المعاهدة أن تكون معاهدة دولية فى الملاحه البحرية لتنظيم بعض علاقات القانون الخاص بين رعايا طائفة من الدول، فإن مؤدى ذلك أنه يشترط لتطبيقها أن تكون العلاقة بين الناقل والشاحن ذات عنصر أجنبى وأن ينتمى طرفاها بجنسيتهما لإحدى الدول الموقعة عليها أو المنضمة إليها " .

(طعن رقم ٣٠٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٠/٥/١٩٦٦)

(ب) - " إذا كانت معاهدة بروكسل لا تنطبق فى صدد النقل البحرى الدولى إلا فى نطاق محدود ، فإنه لا يكون من شأن هذه المعاهدة أن تؤثر خارج هذا النطاق فى أحكام قانون التجارة

البحرى السابقة عليها بما يعد نسخا لها لأن التعارض وليس للقاضى إلا أن يطبق التشريع على ما هو عليه " .

(طعن رقم ٣٠٣ لسنة ٣١ قى جلسة ١٠/٥/١٩٦٦)

٣- " تنص معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن والتي وافقت عليها مصر بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٤٠ وانضمت إليه وأصدرت مرسوما بقانون فى ٣١ يناير سنة ١٩٤٤ يقضى بالعمل بها من ٢٩ مايو سنة ١٩٤٤ ، فى مادتها العاشرة على أن تسرى أحكام هذه المعاهدة على كل سند شحن يعمل فى إحدى الدول المتعاقدة ومفاد هذا النص- وقد ورد فى المعاهدة التى أصبحت تشريعا نافذا المفعول فى مصر- أن أحكام المعاهدة تسرى على العلاقة القانونية المترتبة على النقل البحرى بين الناقل والشاحن إذا كان سند الشحن محررا فى دولة من الدول الموقعة عليها أو المنضمة إليها وكان للناقل والشاحن ينتميان لإحدى تلك الدول وأن يكون النقل بين ميناءين تابعين لدولتين مختلفتين . ولما كان الثابت من الأوراق أن سند الشحن الذى استندت إليه الطاعنة (وزارة التموين المرسل إليها) قد حرر فى إيطاليا لنقل للشحنة من ميناء إيطاليا إلى ميناء مصرى، وأن كلا من الشاحنة والشركة الناقلة تحمل الجنسية الإيطالية ، وكانت إيطاليا من الدول التى انضمت إلى معاهدة بروكسل ، فقد وجب

تطبيق أحكام هذه المعاهدة على واقعة النزاع وإذا كانت الدعوى قد رفعت قبل مضي المدة المنصوص عليها في الفقرة السادسة من المادة الثالثة من تلك المعاهدة وهي سنة من تسليم البضاعة أو من التاريخ الذي ينبغي تسليمها فيه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد المنصوص عليها في المادتين ٢٧٤ ، ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى ، يكون قد خالف الناقل وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٢١٠ لسنة ٣٦ قى جلسة ١٩٧٤/٥/٢٦)

٤- " إذا كان يبين من الاطلاع على مذكرة الطاعة الأولى - وزارة التموين- المقدمة أمام محكمة أول درجة ، ومذكرتها المقدمة أمام محكمة الاستئناف أنها ردت على دفع المطعون عليها الأولى- الشركة الناقلة- بعدم قبول الدعوى لعدم مراعاة المواعيد المنصوص عليها فى المادتين ٢٧٤ ، ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى المصرى، بأن سند الشحن موضوع الدعوى يخضع لأحكام معاهدة بروكسل وتقضى المادة ٦/٣ منها بأن دعوى المسؤولية عن الهلاك أو التلف تتقدم بمضى سنة من تسليم البضاعة أو التاريخ الذى كان يجب تسليمها منه ، وكان الحكم المطعون فيه لم يبحث ما إذا كان سند الشحن يتضمن اتفاقا بين طرفيه على تطبيق أحكام المعاهدة سالفة الذكر، ولايجب ما أثارته للطاعتان بهذا الخصوص

سببا جديدا لا يجوز إيدأؤه لأول مرة أمام محكمة للنقض ، ذلك أنه إذا كان سند الشحن لا يخضع للمعاهدة الدولية المذكورة طبقا للشروط التى أوردتها المادة العاشرة منها، فإن للطرفين أن يتفقا فى السند على خضوعه لأحكامها، ولما كان سند الشحن مثار النزاع معروضا على محكمة الموضوع فكان يتعين عليها والطاعنتان تتمسكان بتطبيق أحكام المعاهدة على واقعة الدعوى أن تبحث جواز انطباقها سواء لتوافر الشروط التى نصت عليها المادة العاشرة منها أو لوجود اتفاق بين الطرفين على تطبيق أحكامها . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى الذى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى وقضى بعدم قبول الدعوى ، وبعدم قبول الدعوى بالنسبة للمطعون عليها الأولى تطبيقا للمادتين ٢٧٤، ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى المصرى ، فإنه يكون معيبا بالقصور ."

(طعن رقم ٦٣٩ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٠)

٥- نص المادتين الأولى والثانية من الاتفاقية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجبيين . مفاده. اعتراف كل دولة منضمة بحجية أحكام التحكيم الأجنبية والتزامها بتنفيذها طبقا لقواعد المرافعات المتبعة بها ما لم يثبت المحكوم ضده توافر إحدى الحالات الخمس الواردة على سبيل الحصر فى المادة الخامسة من

الاتفاقية أو يتبين للسلطة المختصة أنه لا يجوز تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو أن الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه يخالف النظام العام " .

(طعن رقم ١٠٣٥٠ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٩/٣/١)

٦- " الاتفاقية التي تبرمها جمهورية مصر العربية مع دولة أخرى لتنظيم مسألة بعينها تتعلق برعايا أى منهما تصبح بصدور القرار الجمهوري الخاص بها تشريعا نافذا في مصر تطبق على المنازعات الخاضعة لها بوصفها قانونا " داخليا" ومن ثم فإنها لاتعد عملا من أعمال السيادة التي يخرج عن ولاية المحاكم نظر النزاع بشأنها " .

(طعون أرقام ٣٦١٧، ٣٨٢٢، ٣٨٢٦، ٣٨٤٦، ٣٨٦٨)

لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٢٥)

٢٢٤- تعريف المعاهدة :

المعاهدة هي اتفاق بين دولتين أو أكثر لتنظيم مسألة معينة. وقد تسعد المعاهدة بين دولتين فقط ، وتسمى حينئذ بالمعاهدة الثنائية *Traité Biliatéral* وقد يتم عقدها بين مجموعة من الدول وتسمى بالمعاهدة الجماعية *Traité Collectif* وقد ينص في المعاهدة الجماعية على إياحة انضمام أية دولة لم تشترك في الاتفاق

الأساسى إليها، وذلك لتيسير امتداد دائرة تطبيق أحكام المعاهدة فى المستقبل. ويطلق على هذا النوع من المعاهدات اسم اتحاد .
والمعاهدات هى المصدر المباشر الأول لإنشاء قواعد قانونية دولية ، غير أن هذه القواعد تظل نسبية من حيث قوة إلزامها إذ أن الأحكام التى تقضى بها لا تسرى إلا فى مواجهة الدول الأطراف فيها^(١).

٢٢٥- نفاذ المعاهدة فى مصر :

ينظم دستور سنة ١٩٧١ نفاذ المعاهدات فى مصر إذ تنص المادة (١٥١) منه على أن :

" رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ، ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان ، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة . على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة وجميع المعاهدات التى يترتب عليها تعديل فى أراضى الدولة أو التى تتعلق بحقوق السيادة أو التى تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة فى الموازنة، تجب موافقة مجلس الشعب عليها " .

وعلى ذلك فإن المعاهدة التى تتضمن الاتفاق على قواعد للإسناد، يبرمها رئيس الجمهورية يكون لها قوة القانون بمجرد إبرامها والتصديق عليها ونشرها .

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٢٩ - حامد زكى ص ٥٩.

وهذه المعاهدات لا يجوز إلغاؤها إلا باتفاق بين جميع الدول التي أبرمتها إذ ليس للقانون إلغاء معاهدة نذت وفقا لأحكام الدستور.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن وفاق سنة ١٩٠٢ هو معاهدة مبرمة بين مصر والسودان وليس لإحدى الدولتين أن تتحلل من أحكامه بعمل منفرد أخذا بأحكام القانون الدولي العام في شأن المعاهدات وعلى القاضى فى كل دولة من الدولتين عندما يطلب منه الحكم فى دعوى يكون المدعى عليه فيها مقيما فى بلاد الدول الأخرى أن يتحقق من أن إعلانه قد تم وفق أحكام ذلك الوفاق من تلقاء نفسه ولو خالفت أحكامه قانونه الداخلى سواء كان القانون الداخلى قد صدر قبل إبرام المعاهدة أو صدر بعد إبرامها " .

(طعن رقم ١٣٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٣/٨)

٢- " أحكام وفاق ١٧ مايو سنة ١٩٠٢ - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ملزم لكل من الجمهورية العربية المتحدة وجمهورية السودان وليس لإحدهما أن تعدل عن الطريقة المرسومة فيه والتحلل من أحكامه بعمل منفرد وذلك أخذا بأحكام القانون الدولي العام فى شأن المعاهدات ، ولأنه وقد صدق على الوفاق من مجلس الوزراء ونشر فى اللوائح الرسمية فإنه يكون قانونا من قوانين الدولة " .

(طعن رقم ٢٣١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٥/٦)

٢٢٦- تفسير المعاهدة:

يقضى النطق بأن القاضى الذى يملك تطبيق النص أن يكون له أيضا سلطة تفسيره . وإذا كان القاضى يملك تفسير النصوص التشريعية التى يقوم بتطبيقها فيجب أيضا السماح له بتفسير نص المعاهدة المطلوب منه تطبيقها .

وإذا كان يخشى من قيام المحاكم بالتفسير نشوء خلاف بين الدول الأطراف فى المعاهدة فالسبيل الوحيد لوضع حد لهذا الخلاف هو اتفاق الدول الأطراف على تفسير جماعى يكون بمثابة اتفاقية تكميلية ويكون لهذا للتفسير نفس القوة الملزمة التى تتمتع بها المعاهدة ، ومن ثم يتعين على القاضى الوطنى الأخذ به عند تطبيق المعاهدة على النزاع المطروح أمامه^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن للقاضى الذى ينظر الدعوى سلطة تفسير المعاهدة . وهذا مستفاد من تفسير المحكمة ذاتها لبعض نصوص معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد القواعد المتعلقة بمسندات الشحن .

(راجع نقض: طعن رقم ١٢٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١١/٢/١٩٦٠ -
طعن رقم ٣٠٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٠/٥/١٩٦٦ - طعن رقم
٢١٠ لسنة ٦ ق جلسة ٢٦/٥/١٩٧٤)

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٨ ومابعدها .

مادة (٢٤)

تتبع فيما لم يرد فى شأنه نص فى المواد السابقة من أحوال
تنازع القوانين مبادئ القانون الدولى الخاص .

الشرح

٢٢٧- متى يلجأ القاضى إلى مبادئ القانون الدولى الخاص؟

تنص المادة ٢٤ على أنه تتبع فيما لم يرد بشأنه نص فى المواد
السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولى الخاص .
وقد وردت هذه المادة فى التقنين المدنى بعد انتهاء المشرع من
استعراض النصوص الواجبة التطبيق لحل تنازع القوانين . ومن
ذلك يتبين أن المشرع خص قواعد تنازع القوانين بمصدر إضافى
يرجع إليه القاضى إذا لم يسعفه النص التشريعى . ولم يرد ذكر
لهذا المصدر بالنسبة لبقية موضوعات القانون الدولى الخاص .
والواقع أن المشكلات التى تثيرها العلاقات الدولية ذات الطابع
الدولى لا تختلف من دولة إلى أخرى . ولذلك نجد أن قواعد تنازع
القوانين تميزت منذ القدم عن بقية قواعد القانون الدولى الخاص
بقيامها على بعض أسس مشتركة . وقد ترتب على ذلك كما سبق
الإشارة ظهور مبادئ شائعة بين الدول . وهذه المبادئ وإن لم تكن
قد وصلت إلى مرتبة العرف الدولى الملزم إلا أنها كونت أصولاً
عامة مشتركة بين الدول .

وقد رأى المشرع وجوب رجوع القاضى إلى هذه الأصول فى المنازعات التى لم يرد بشأنها نص خاص فى النصوص المشار إليها. ولا يقتصر القاضى عند بحثه عن هذه الأصول العامة على الالتجاء إلى القانون الوطنى .

ذلك أن القانون الدولى الخاص فى جمهورية مصر حديث الظهور نسبيا بحيث يتعذر القول بوجود تراث قانونى كاف من المبادئ المهيمنة على هذا الفرع من فروع القانون . فضلا عن ذلك فالغالبية العظمى من قواعد تنازع القوانين التى طبقها المحاكم المصرية والى التى أخذ بها المشرع قواعد مستمدة من المبادئ التى تبلورت خلال القرون الماضية فى المجتمعات التى سبقتنا فى هذا المجال . وعلى ذلك فإنه يرجع إلى هذه القواعد ذات الطابع الدولى بدلا من الرجوع إلى المصدر الاحتياطى العام الذى نصت عليه المادة الأولى من القانون المدنى بالنسبة لمنازعات القانون الخاص على العموم . وهى مبادئ القانون الطبيعى والعدالة . ذلك أن مبادئ القانون الدولى الخاص كما ذكرت بحق بالمشروع التمهيدى للتقنين المدنى " من سمات الدقة والوضوح ما يجعلها تفضل مبادئ القانون الطبيعى بسبب تخصيصها فى ناحية معينة من نواحي القانون " (١) الذى يستتبع إلغاء نص تشريعى بنص فى تشريع لاحق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ١ ص ٣٠٨ .

لا يكون ، فى حكم المادة الثانية من القانون المدنى ، إلا إذا ورد النصان على محل واحد يكون من المحال إعمالهما فيه معا . أما إذا اختلف المحل فإنه يتعين العمل بكل قانون فى محله بصرف النظر عما بينهما من مغايرة طالما أن لكل منها مجاله الخاص فى التطبيق . ولا يمنع من ذلك ازدواج التشريع فى قانون البلد الواحد ، لأن الشارع هو الذى يقدر الحكمة من هذا الازدواج فالقاضى المطلوب منه تطبيق مبادئ القانون الدولى الخاص سيضطر فى الكثير من الأحيان إلى الالتجاء إلى المبادئ السائدة بالنسبة لتتازع القوانين فى مختلف الدول (١).

٢٢٨- العرف الدولى :

يقوم العرف الوطنى بدور هام كمصدر للقانون الدولى الخاص، غير أن أهميته كمصدر نقل عندما يرى المشرع التدخل لتنظيم موضوع معين بقواعد تشريعية .

وتبلغ أهمية العرف أوجها فى تنظيم قواعد تتازع القانون ، فقد كان للعرف دور كبير فى تكوين هذه القواعد وتطورها . ويمكن القول بأن معظم القواعد التشريعية الحالية فى مادة تتازع القوانين نشأت وتم تحديد دلالتها فى كنف العرف قبل أن يتم تقنينها . لذلك فإن العرف لازال محتفظا بأهميته ، ليس فقط بالنسبة للمعامل التى

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤٧ ومابعدها .

لم يرد بشأنها قاعدة تشريعية بل أيضا بالنسبة للكثير من المسائل التى تنظمها النصوص التشريعية المستمدة من العرف ، إذ يتعين حينئذ الرجوع إلى العرف لتفسير هذه النصوص . ومن أهم الأمثلة على ذلك قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه ، وقاعدة خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون إرادة المتعاقدين . وهما قاعدتان انتهت الكثير من التشريعات ومنها التشريع المصرى إلى النص عليهما ، بعد أن جرى العمل بهما فى كثير من الدول وطبقهما القضاء خلال حقبة طويلة من الزمن .

ولا يقل دور العرف فى تحديد قواعد تنازع الاختصاص القضائى عنه فى تحديد قواعد تنازع القوانين . فكثير من الأسس التى كانت تبنى عليها المحاكم اختصاصها الدولى ، قبل أن يتولى المشرع رسم حدود هذا الاختصاص مستمدة من العرف . ومثال ذلك القاعدة القاضية بأن المدعى يقاضى عليه أمام محكمة هذا الأخير وقاعدة اختصاص محاكم الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بأموال كائنة بها .

وكثيرا ما تتشابه القواعد العرفية الوطنية فى مختلف الدول . وغير أن هذا التشابه لا يرقى حتما بهذه القواعد إلى مرتبة العرف الدولى . ذلك أن القواعد العرفية الوطنية تستمد قوتها الملزمة من المجتمع الداخلى للدولة التى تطورت فى كنفه ولا تستمد منها من

المجتمع الدولي . فضلا عن ذلك فإن هذه القواعد العرفية لا تتأثر
فى تعيين نطاقها وتفسيرها إلا بالاعتبارات الداخلية وبظروف
الدولة الخاصة .

وقد رتب غالبية الفقه على ذلك عدم وجود عرف دولى فى
مجال القانون الدولى الخاص . ولكن هذا ينطوى فى رأى البعض
على مفاجأة الواقع لأننا إذا أعملنا النظر فى الأسس المهيمنة على
كل موضوع من موضوعات القانون الدولى الخاص لتبين لنا أنه
يوجد بمواد القواعد العرفية للشائعة السالفة الذكر فى مختلف الدول
مجموعة من القواعد يمكن أن ينطبق عليها وصف العرف الدولى
الملزم للجماعة الدولية . ولا يقدح فى ذلك أن هذه القواعد لازالت
قليلة العدد أو أن نطاقها لازال أحيانا فى حاجة إلى مزيد من
التحديد . فذلك فى الواقع شأن الكثير من قواعد العرف الدولى ^(١) .

وتشير مذكرة المشروع التمهيدى إلى أنه عملا بالمادة الأولى
من التقنين المدنى إذا لم يجد القاضى نصا فى مواد تتنازع القوانين
كان له أن يلجأ إلى العرف فإذا لم يجد به حكما لجأ إلى مبادئ
القانون الدولى الخاص . إذ جاء بها ما يأتى : " تواجه المادة ٥٤
حالة عدم وجود نص فى شأن حالة من أحوال تتنازع القوانين
وتحيل فى ذلك إلى مبادئ القانون الدولى الخاص الأكثر شيوعا ،

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤٣ وما بعدها .

وقد تقدم من قبل أن للمادة (١) من المشروع تحويل القاضى إذا لم يجد نصا فى القانون إلى العرف ثم إلى مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعى ، ومن الواضح أن القاضى يرجع أولا إلى العرف إن وجدت قاعدة عرفية فهو يعتبر القانون الواجب تطبيقه فى مسألة من مسائل تنازع القوانين لأن العرف يقوم مقام النص عند غيابه، فإن لم يجد القاضى عرفا طبق مبادئ القانون الدولى الخاص الأكثر شيوعا ولهذه المبادئ من سمات الدقة والوضوح ما يجعلها تفضل مبادئ القانون الطبيعى بسبب تخصيصها فى ناحية معينة من نواحي القانون^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٠٧ وما بعدها .

مادة (٢٥)

١- يعين للقاضى القانون الذى يجب تطبيقه فى حالة الأشخاص الذين لاتعرف لهم جنسية ، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة فى وقت واحد .

٢- على أن الأشخاص الذين تثبت لهم فى وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية ، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول ، فالقانون المصرى هو الذى يجب تطبيقه .

الشرح

٢٢٩- تحديد القانون المنطبق فى حالة عدم معرفة جنسية الشخص وفى حالة تعدد الجنسيات :

تتعلق المادة (٢٥) بما يسمى بتنازع الجنسيات بوجهيه الإيجابى والملى .

فالتنازع الملى هو حالة الأشخاص الذين لاتعرف لهم جنسية، والتنازع الإيجابى هو حالة الأشخاص الذين تثبت لهم جنسيات متعددة فى وقت واحد .

والمادة وإن كانت تترك للقاضى تعيين القانون الذى يجب تطبيقه فى حالة الأشخاص الذين لاتعرف لهم جنسية (للتنازع الملى) أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة فى وقت واحد (للتنازع

(الإيجابى) دون أن يقيد فى ذلك بضوابط معينة . إلا أن المستفاد من مذكورة المشروع للتمهيدى أن المشرع يقيد القاضى فى هذا الصدد بمعيار الجنسية الفعلية .

فقد جاء بها :

" تقتصر المادة ٥٥ على نقل أحكام المادة ٣٠ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة فتتضمن فى فقرتها الأولى على أن القاضى يعين القانون الذى يجب تطبيقه فى حالتى التنازع السلبى (عدم وجود جنسية للشخص) والتنازع الإيجابى للجنسية (تعدد جنسيات الشخص) دون أن يقيد فى هذا التعيين بقيد .

وتتضمن فقرتها الثانية على تغليب الجنسية المصرية عند تزامنها مع غيرها من الجنسيات التى يتمتع بها شخص واحد وهذا مبدأ عام استقر فى العرف الدولى باعتبار أن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة ولا يقبل أن تحتكم الدولة فى شأنها لغير قانونها . ويراعى أن تحويل للقاضى سلطة التقدير وفقا لأحكام الفقرة الأولى خير من تقييده بضوابط تحد من اجتهاده والغالب أن يعتد للقاضى فى حالة التنازع السلبى للجنسية بقانون موطن الشخص (المادة ٢٩ من قانون إصدار اللقنين الألمانى وهى تتضمن أيضا على جواز تطبيق قانون آخر جنسية للشخص) أو محل إقامته (المادة ١٩ من

التقنين الإيطالي الجديد) وهو القانون المصرى فى أكثر الفروض
وأن يعتد فى حالة التنازع الإيجابى متى كانت الجنسية غير داخلة
فى النزاع بالجنسية التى يظهر من الظروف أن الشخص يتعلق
بها أكثر من سواها " .

وهذا المعنى الوارد بالمذكرة الإيضاحية هو ما أكدته محكمة
العدل الدولية فى حكم لها بتاريخ ٦ أبريل ١٩٥٥ أوضح فيه أن
أساس التفضيل عند تعدد الجنسيات هو " الجنسية الفعلية " أى
الجنسية التى تتفق مع الواقع والتى تقوم على رابطة فعلية بين الفرد
وإحدى الدول التى تتنازع جنسياتها .

ولا بأس فى هذا الصدد من الاستعانة فى تحديد فكرة الجنسية
الفعلية بموطن الفرد ومقر مصالحه وروابطه العائلية واشتراكه فى
الحياة العامة فى الدولة وكذلك رغبته فى الارتباط بدولة معينة .

ولاستظهار الجنسية الفعلية على هذا النحو مسألة واقع تخضع
لمطلق تقدير محكمة الموضوع ^(١) .
ولا تخضع لرقابة محكمة النقض .

(١) هشام صادق ص ٢٥٠ وما بعدها - جابر جاد عبد الرحمن ص ٢٦٢
وما بعدها .

٢٢٠- حالة الأشخاص متعلدو الجنسية الذين يكون من بين جنسياتهم الجنسية المصرية :

بينت الفقرة الثانية من المادة حكم الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية ، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول ، وأوضح أن القانون المصرى هو الذى يجب تطبيقه أى أن النص يعد بجنسية بلد هذا الشخص ، إذ يغلب هذه الجنسية على الجنسيات الأخرى . وهذا مبدأ عام استقر فى العرف الدولى باعتبار أن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة ولا يقبل أن تحكم للدولة فى شأنها لغير قانونها^(١) .

(١) مذكرة المشروع للتعميدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣١٠ .

مادة (٢٦)

متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع ، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها .

الشرح

٢٢١- تحديد قانون الجنسية لبلد تتعدد فيه الشرائع :

إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون الجنسية بالنسبة لنزاع معين ، وكان هذا القانون غير موحد أى تتعدد فيه التشريعات وهو ما يطلق عليه الدول ذات النظم المركبة ، وذلك سواء أكان هذا التعدد إقليمياً بأن تختص كل شريعة بنطاق إقليمي معين كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا أم كان شخصياً بأن تختص كل شريعة بطائفة من المتمتعين بجنسية الدولة كما هو الشأن في مصر ومعظم دول الشرق الأوسط - ففي هذه الحالة يكون أمر تحديد الشريعة الواجبة التطبيق متروكاً لقانون هذه الدولة، وبعبارة أخرى متروكاً لقواعد الإسناد الداخلي في هذه الدولة ومن ثم فلا محل لإخضاعه لقانون القاضي^(١).

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٢٦٥ ولاحقاً .

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

تواجه المادة ٥٦ حالة تعدد الشرائع التي يتكون منها القانون الواجب تطبيقه في دولة معينة (لتعدد القوانين التي تطبق على المصريين في شأن الزواج بسبب تطبيق نظام الطوائف غير الإسلامية) وتقضى في هذه الحالة بأن القانون الداخلي لهذه الدولة هو الذي يعين الشريعة التي يجب تطبيقها من بين هذه الشرائع وقد استمد المشروع الحكم الوارد في هذه المبادئ من التشريع البولوني الصادر في سنة ١٩٢٦ (م ٣٧) ومما استقر عليه للرأي في الفقه والقضاء بوجه عام ^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٣٣- وقد أوضحت مذكرة المشروع التمهيدي أن هذا الحكم يختلف عن حكم الإحالة ولو أن بعض الفقهاء يطلق على هذه الصورة الأخيرة اسم " الإحالة الداخلية " . فجاء بها : " ويراعى أن هذا الحكم يختلف عن حكم الإحالة ، ولو أن بعض الفقهاء يطلق على هذه الصورة الأخيرة اسم " الإحالة الداخلية " ، والواقع أن الإحالة بمعناها العام تثبت فيها الولاية لقانون دولة معينة ، ولكن هذا القانون يتخلى عن ولايته هذه لقانون آخر ، أما الإحالة الداخلية فلا يتخلى فيها قانون الدولة عن ولايته ، وإنما هذه الولاية تكون موزعة بين شرائع متعددة ويكون من المتعين أن يرجع إلى القانون الداخلي في هذه الدولة لتعيين الشريعة الواجب تطبيقها من بين تلك الشرائع . وبعبارة أخرى يتخلى قانون الدولة عن اختصاصه في الإحالة

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان النزاع المطروح دائرا بين زوج إيطالى وزوجة مصرية فتحكمه المادة ١٤ من القانون المدنى ويكون القانون المصرى هو الواجب التطبيق ، فإذا كان الزوج يهودى الديانة وكانت الزوجة مسيحية كاثوليكية فإن القانون المصرى الواجب التطبيق هو القانون الذى كانت تطبقه المحاكم الشرعية صاحبة الاختصاص العام فى مسائل الأحوال الشخصية . وهذا القانون هو ما بينته المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى نصت على أنه " تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد " ، ولما كانت المادة ٩٩ من اللائحة قد نصت فى فقرتها الأخيرة على حكم من الأحكام الواجبة للتطبيق يقضى بأن لاتسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على

ويرد هذا الاختصاص إلى دولة أخرى بمقتضى قاعدة من قواعد الإسناد الخاصة بتنظيم النزاع الدولى ما بين القوانين أما فى الإحالة لداخلية فلا يتخلل قانون الدولة عن اختصاصه وإنما هو يعين من بين الشرائع المطبقة فيها شريعة يوجب تطبيقها بمقتضى قاعدة من قواعد تنظيم النزاع الداخلى ما بين القوانين " .

(المرجع السابق ص ٣١٣) .

الأخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ، وكان الثابت فى الدعوى أن الزوجة مسيحية كاثوليكية لاثنتين بوقوع الطلاق فإن دعوى طلاق زوجها إياها تكون غير مسموعة ولا يترتب على الطلاق آثاره، ويكون الحكم المطعون فيه إذ قضى على خلاف ذلك وذهب إلى أن المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية غير منطبقة قد خالف القانون بما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٢٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٧/١١/١٩٦٠)

أما إذا لم توجد قاعدة إسناد فى القانون غير الموحد تفيد تطبيق هذا القانون الداخلى أو ذاك بحيث يكون لكل من القوانين الداخلية قواعده الخاصة بالإسناد الداخلى فإنه يتعين التفرقة بين حالتين :

(الأولى) أن تستطبق قواعد الإسناد الداخلية فى هذه القوانين، كما هى الحال فى المملكة المتحدة والولايات المتحدة ، حيث تنص قواعد تنازع القوانين فى قوانينها على الأخذ بقانون الموطن، فإن المشكلة تعد محلولة ، فالقاضى الأجنبى (فى جمهورية مصر) الذى أشارت قاعدة الإسناد فى قانونه تطبيق القانون الإنجليزى أو الأمريكى سيطبق فى النهاية القانون السائد فى الدولة أو المقاطعة أو الإقليم المتوطن فيه الشخص ويحل النزاع نهائيا وفقا للقواعد الموضوعية فى هذا القانون الأخير .

لكن الصعوبة تقوم إذا اختلفت قواعد الإسناد الداخلية المذكورة، بحيث لا يستطيع ترجيح قاعدة على أخرى .

أو إذا تبين أن الشخص، في حالة تطابق هذه القواعد متوطن في الخارج ، إذ لا يستطيع الأخذ بالقانون المائد في هذا الموطن وإلا نكون قد أخذنا بفكرة الإحالة ، ذلك لأنه إذا كانت هذه الإحالة جائزة في بعض التشريعات فإنها ممنوعة في تشريعات أخرى كالتشريع المصري في المادة ٢٧ من القانون المدني والتشريع السوري في المادة ٢٩ من القانون المدني والقانون الإيطالي في المادة ٢٠ من القانون المدني الإيطالي الجديد .

وقد أخذ القضاء المصري من هذا الشأن برأى في الفقه ، يطبق الشريعة الرئيسية في البلد أى قانون عاصمة الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته .

إذ قضت محكمة النقض بتاريخ أول مايو سنة ١٩٥٨ فى الطعن رقم ١١ لسنة ٢٥ ق "أحوال شخصية" بأن :

(أ) " يبين من نصوص المواد ١٣، ٢٦، ٢٧ من القانون المدني أن طلب التطلق يطبق عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته وأنه إذا كان الزوج ينتمى وقت رفع الدعوى بالتطلق إلى جنسية دولة أجنبية تتعدد منها الشرائع تعين أن تكون الشريعة التى تطبق أحكامها هى إحدى الشرائع المشار إليها دون القانون

المصرى الذى يتمتع تطبيقه فى هذه الحالة . فإذا كان الثابت أن الزوج مالمطى الأصل بريطانى الجنسية ولم يكن له موطن فى مالطة أو فى غيرها من بلاد المملكة المتحدة أو المستعمرات وكان موطنه هو لقطر المصرى فإن القانون الواجب التطبيق فى طلب التطبيق يكون هو القانون الإنجليزى باعتبار أنه قانون عاصمة الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته .

(ب) - " تشمل الجنسية البريطانية وفقا لقانون الجنسية البريطانى الصادر فى ١٩٤٨ جميع رعايا المملكة المتحدة والمستعمرات ومنها مالطة " .

أما إذا لم توجد قاعدة إسناد داخلية فى القانون الأجنبى، أو كانت هذه القاعدة تشير بتطبيق قانون دولة أخرى ، ففى الحالة الأخيرة تكون بصدد إحالة لابقرها القانون المصرى وفقا لنص المادة ٢٧ من التقنين المدنى كما سنرى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كانت المادة ٢٥ من القانون المدنى تنص على أن " يعين القاضى القانون الذى يجب تطبيقه فى حالة الأشخاص الذين لاتعرف لهم جنسية ... " وكان الحكم المطعون فيه قد خلص - إعمالا لحكم هذا النص - إلى أن القانون المصرى هو الواجب التطبيق على الدعوى بالنظر إلى أن النزاع فيما يتعلق بمسألة من

مسائل الأحوال الشخصية بين طرفين لاتعرف لهما جنسية ، وكان مقتضى هذا وقوع العلاقة محل النزاع تحت سلطان القانون الداخلى فى مصر ، وبالتالي تأخذ هذه العلاقة حكم العلاقة بين المصريين من حيث تحديد الشريعة التى تحكم النزاع . وإذ التزم الحكم المطعون فيه تحديد تلك الشريعة بالضابط الذى وضعه المشرع فى المواد ٦، ٧ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية و ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ومؤداه تطبيق الشريعة الإسلامية على المسلمين وعلى غير المسلمين المختلفى الطائفة والملة وتطبيق الشريعة الطائفية على غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة ، وخلص إلى إنزال أحكام شريعة طائفة الأرمن الأرثوذكس- التى ينتمى إليها الطرفان- على واقعة النزاع فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا " .

(طعن رقم ١٣ لسنة ٥٢ قى "أحوال شخصية" جلسة ١١/٢٦/١٩٨٥)

مادة (٢٧)

إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب للتطبيق ، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص .

الشرح

٢٢٢- تعريف الإحالة :

يقصد بالإحالة تلك النظرية التي تقول بوجود تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق طبقاً لقاعدة الإسناد في القانون الوطني مادامت هاتان القاعدتان الواردتان في القانونين مختلفين من حيث الحكم .

فالقاضي إذا حدد القانون الأجنبي الذي نصت عليه قاعدة الإسناد الواردة في قانونه ، لا يطبق مباشرة الأحكام الموضوعية المنصوص عليها في القانون الأجنبي ، وإنما يلجأ أولاً إلى قواعد الإسناد المنصوص عليها في هذا القانون ، وتلك هي التي تحدد له للقانون الواجب التطبيق ، فإن أحالت إلى قانون آخر ، تعين على للقاضي الانتقال إلى قواعد الإسناد الواردة بالقانون الأخير لمعرفة للقانون الذي تشير عليه بتطبيقه ، فتكون الإحالة هنا من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى ، أي إحالة دولية ، ومعنى ذكر لفظ "الإحالة" أنه يعنى الإحالة الدولية ولا تتحقق الإحالة إلا إذا اختلفت قاعدة

الإسناد فى قانون القاضى عنها فى القانون الأجنبى كأن تشير الأولى إلى قانون الجنسية بينما تشير الثانية لقانون الموطن ^(١).

ومثال ذلك : نجد أن فى القانون المصرى تشير قواعد الإسناد بوجوب تطبيق قانون الجنسية فى مسائل الأحوال الشخصية للأجانب (الحالة والأهلية الخ) ، فإذا فرض أن كانت المسألة موضوع النزاع متعلقة بانجليزى ورجعنا إلى القانون الإنجليزى (قانون الجنسية) لوجدنا قاعدة الإسناد فيه تشير إلى تطبيق قانون الموطن ، فإذا كان الشخص متوطنا فى مصر أو فى دولة أخرى وأخذنا بنظرية الإحالة لوجب تطبيق القانون المصرى أو قانون هذه الدولة الأخرى بحسب الأحوال .

أما إذا كان الشخص فرنسيا مثلا فإن قاعدة الإسناد فى القانون الفرنسى تشير بعين الحكم الذى تشير به قاعدة الإسناد المصرية أى تقضى بتطبيق قانون الجنسية ، ومن ثم فلا محل للأخذ بنظرية الإحالة فى هذه الحالة ^(٢).

٢٣٣- صور الإحالة :

تأخذ الإحالة إحدى الصور الآتية :

(١) الممستشار أنور طلبه ص ٥٦٧ وما بعدها - جابر جاد عبد الرحمن

ص ٦١٤ .

(٢) جابر جاد عبد الرحمن ص ٦١٤ ومبهدا .

(الأول) وفيها يؤدي تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي إلى الرجوع إلى القانون الوطنى (قانون القاضى) من جديد وتطبيقه فى قواعد الموضوعية وتسمى الإحالة فى هذه الحالة بالرجوع .

(الثانية) وفيها يؤدي هذا التطبيق إلى الأخذ بالقواعد الموضوعية لقانون بلد ثالث وتسمى الإحالة هنا كما تسمى فى الحالة الأولى أيضا بالإحالة ذات الدرجة الواحدة .

(الثالثة) وفيها يؤدي تطبيق قاعدة الإسناد الأجنبية إلى تطبيق قاعدة الإسناد فى قانون ثالث ، ثم تطبق قاعدة الإسناد فى قانون دولة رابعة عملا بقاعدة الإسناد هذه وهكذا حتى نصل إلى قانون نطبقه فى قواعد الموضوعية بل ويحتمل ألا نصل إلى هذا القانون إذا مررنا مع منطق الإحالة إلى نهايته ، وتسمى الإحالة فى هذه الصورة بالإحالة ذات الدرجات المتعددة .

والصورة الثالثة مثالها أن يوصى انجليزى متوطن فى الولايات المتحدة الأمريكية أثناء إقامته فى إيطاليا بأموال منقولة موجودة فى مصر ، فإذا فرض ورفع أمر هذه الوصية إلى القاضى المصرى للفصل فى صحتها فإن يطبق قاعدة الإسناد المصرية فيجدها تشير بوجود تطبيق قانون الجنسية (م ١٧/١) ، فإذا رجعنا إلى هذا القانون وهو القانون الانجليزى لوجدنا قاعدة الإسناد فيه تشير

بتطبيق قانون الموطن وهو القانون الأمريكى فإذا طبقنا قانون الإسناد فى هذا الأخير وجنناها نتص على تطبيق قانون الجهة التى تم فيها التصرف (الوصية) أى القانون الإيطالى ونشير قاعدة الإسناد فى هذا القانون بتطبيق قانون الجنسية وهو القانون الانجليزى ، وهكذا تبدأ الحلقة من جديد إلى ما لا نهاية اللهم إلا إذا قمنا بتخطيط هذه الحلقة بإيقاف الإحالة عند حد معين ، وهو ما نقول به المحاكم والتشريعات غالبا حيث تقضى أو تتص بإيقاف الإحالة عند الدرجة الأولى .

ويجب عدم خلط الإحالة بمعناها السالف بالإحالة الداخلية أو التفويض الذى أشرنا إليه سلفا . فالإحالة بالمعنى الذى نقصده هنا تثبت فيها الولاية لدولة معينة ولكن هذا القانون يتخلى عن ولايته هذه لقانون آخر ، أما الإحالة الداخلية (التفويض) فلا يتخلى فيها قانون الدولة عن ولايته وإنما هذه الولاية تكون موزعة بين شرائع متعددة ويكون من المنعین أن يرجع إلى القانون الداخلى فى هذه الدولة لتعيين الشريعة الواجب تطبيقها من بين هذه الشرائع^(١) .

٢٣٤- القانون المصرى لا يأخذ بالإحالة :

لتخذ المشرع المصرى موقفا حاسما من نظرية الإحالة ، فنص فى المادة (٢٧) على أنه : " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٦١٥ ومابعدها .

التطبيق ، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية ، دون التى تتعلق
بالقانون الدولى الخاص " .

ويتضح من هذا النص أن المشرع المصرى رفض صراحة
وبصورة مطلقة الأخذ بالإحالة ، وألزم القاضى للوطنى إذا أرشدته
قاعدة الإسناد الواردة فى قانونه إلى القانون الأجنبى الواجب
التطبيق ، فعليه اللجوء مباشرة إلى النصوص الموضوعية الواردة
بهذا القانون وتطبيقها على النزاع ، ويمتنع عليه تطبيق أحكام هذا
القانون التى تتعلق بالقانون الدولى الخاص، وهى أحكام الإسناد أو
بعبارة أخرى أحكام تنازع القوانين ^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- " تنص المادة ٢٤ على وجوب تطبيق الأحكام الموضوعية
فى القانون الأجنبى الذى تقضى النصوص التالية بتطبيقه دون
القواعد التى تتعلق بالقانون الدولى الخاص . وهى بهذا لا تجيز
الأخذ بفكرة الإحالة وتعم الحكم الوارد فى المادة ٣١ من لائحة
التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة فلا تقتصره على الأحوال التى
نصت عليها هذه اللائحة بل تجعله شاملا لقواعد الإسناد جميعا".

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٢١٠ - جابر جاد عبد الرحمن
ص ٦٣٢ ومابعدها .

٢- ولم ينهج المشروع نهج بعض التشريعات فى إجازة الإحالة إذا كان من شأنها أن تقضى إلى تطبيق القانون الوطنى (م ٢٧ من قانون إصدار التقنين المدنى الألمانى و ٢٩ من القانون الملحق بالتقنين اليابانى) أو فى إجازة الإحالة إطلاقا (م ٣٦ من القانون البولونى الصادر فى سنة ١٩٢٦) ذلك أن قاعدة الإسناد حين تجعل الاختصاص التشريعى لقانون معين تصدر عن اعتبارات خاصة ، وفى قبول الإحالة أيا كان نطاقها تفويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقرر فى تلك القاعدة .

وقد احتذى المشروع فى الإعراض عن فكرة الإحالة حدود المادة ٢٠ من التقنين الإيطالى الجديد وإن كان القضاء المصرى قد أخذ بهذه الفكرة فى أحكام قليلة * (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣١٥ ومبعتها .

مادة (٢٨)

لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته للنصوص السابقة،
إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر .

الشرح

٢٢٥- التعريف بالنظام العام :

يقصد بالنظام العام فى القانون الدولى الخاص ذلك الدفع الذى
يراد به استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق بشأن علاقة
قانونية معينة وإحلال القانون الوطنى (قانون القاضى) محله نظرا
لمخالفة حكم القانون الأجنبى للنظام العام أو الآداب فى مصر .

ويبين من النص أن المشرع أبرز فيه أن إعمال فكرة النظام
العام فى ميدان تتازع القوانين لا يكون فى مرحلة وضع قواعد
الإسناد. بل إنه يأتى فى مرحلة إعمال هذه القواعد وتطبيق أحكام
القانون الأجنبى الذى تسند إليه ، ويأخذ صورة دفع لاستبعاد تطبيق
هذه الأحكام ثم تطبيق قانون القاضى . وتطبيق قانون القاضى فى
هذه الحالة يأتى على سبيل الاستثناء فىكون اختصاصه التشريعى
اختصاصا غير عادى^(١).

والنظام العام كما ذكرنا سلفا هو مجموعة المصالح الأساسية
التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو
اقتصادية أو مالية ، أى مجموعة القواعد التي تهتم المجتمع أكثر ما
تهتم الأفراد .

(١) عز الدين عبد الله ص ٥٢٥ وما بعدها .

والنظام العام حالة تختلف من مكان إلى مكان آخر وهو يعد متغيراً على كـر الزمان . وكل ما يتيسر بشأنه أداة للتعرف عليه هو معيار مرن ومتغير على الزمان والمكان شأنه فى ذلك شأن النظام العام ذاته ألا وهو معيار " المصلحة العامة " وبعبارة أدق "المصلحة العامة العليا للمجتمع " .

(راجع بند ٣٦) .

والملاحظ أن المشرع المصرى متابعاً غيره من مشرعى بعض الدول الأخرى ، لم يكتف فى المادة (٢٨) بالنص على مخالفة أحكام القانون الأجنبى للنظام العام ، بل نص أيضاً على مخالفتها "للأداب" والأداب تكون جانباً من جوانب " نظام المجتمع الأعلى وبعبارة أخرى تكون جانباً من جوانب النظام العام ، وبذلك يغنى ذكره بالنص عن نكرها به .

(راجع بند ٣٨) .

والنظام العام لايتجزأ فلا يوجد نظام عام دولى ونظام عام داخلى ، فالقاضى لايستبعد القانون الأجنبى إلا إذا كان يمس المصلحة العامة فى مجتمعه سواء كانت خلقية أو سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية^(١).

(١) وقد وضع الفقه بالرغم من ذلك عدة معايير أخرى لتحديد ما إذا كان القانون الأجنبى يتعارض مع النظام العام فى قانون القاضى أم لا .

لذهب فريق إلى أنه يجب كقاعدة عامة استبعاد القانون الأجنبي إذا كان يشتمل على نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضى .
غير أن هذا رأى يبدو متطرفا وقد يترتب على الأخذ به زيادة غير مقبولة للحالات التى يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبي الذى تشير بتطبيقه قواعد الإسناد . هذا فضلا عن أن مجرد تطبيق قانون غير معروف فى دولة القاضى لا يستتبع حتما المساس بالقيم الأساسية والمبادئ السائدة فى دولة القاضى .

ويذهب فريق ثان إلى وجوب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بناء على فكرة النظام العام إذا كان ينطوى على مساس بمبادئ العدالة الدولية أو إذا كان يصطدم بالمبادئ العامة المتعارف عليها فى جماعة الأمم المتحضرة ومثال ذلك ما قضت به محكمة السين فى ١٩٦٠/٢/٢ من التزام الزوج بالنفقة وبتأمين الحياة المادية لأسرته باعتبار أن هذا التزام تفرضه المبادئ المتعارف عليها فى العالم للمتمدين ، أو كان يصطدم بمبادئ القانون الطبيعى .

ويضيف القائلون بهذه الفكرة الأخيرة أن من أهم الأسباب التى قد تؤدى إلى اعتبار قانون ما مخالفا للنظام العام هو إهداره للحقوق الطبيعية للإنسان . ومن الأمثلة الذى يسوقونها فى هذا الصدد الحالة التى لايسمح فيها القانون الأجنبي الواجب للتطبيق لأم بالاعتراف بابنها غير الشرعى ، إذ يتعين حينئذ اعتبار القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام لعدم اعترافه بحق من الحقوق الطبيعية للإنسان ، وهى حقوق يجب احترامها دون حاجة إلى النص عليها صراحة فى القوانين الوضعية ، فإذا كان

القانون الأجنبي ينكر مثل هذه الحقوق تعين استبعاده وإحلال القانون الوطني محله لإقرار هذه الحقوق .

ويضيف فريق من الفقه معولاً ثالثاً لتحديد فكرة للنظام العام . فيقررون أن القانون الأجنبي يعتبر مخالفاً للنظام العام في دولة القاضى إذا كان يتعارض مع السياسة التشريعية للدولة . ولو كان هذا القانون الأجنبي في ذاته لا ينطوى على أية مخالفة لمبادئ العدالة أو المبادئ العامة المتعارف عليها في الأمم المتحضرة . فإذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع أحد الأهداف الهامة التى يرمى تشريع دولة القاضى إلى تحقيقها ، فإن ذلك يخول للقاضى استبعاد هذا القانون الأجنبي . ومن أمثلة ذلك دعوى رفعت إلى القضاء الفرنسى بطلب الاعتراف بالأبوة ، واتضح للقاضى أن القانون الفرنسى يشترط رفع هذه الدعوى خلال مهلة قصيرة بينما يسمح القانون الأجنبي برفعها خلال مدة أطول . وإن كان طول المهلة المقررة فى القانون الأجنبي لا يشكل مخالفة لمبادئ العدالة أو القانون الطبيعى فإنه قد ينطوى مع ذلك على مخالفة للسياسة التشريعية فى دولة القاضى . إذ قد يهدف المشرع باشتراطه رفع مثل هذه الدعوى خلال مهلة قصيرة إلى حماية الأفراد من هذا النوع من الدعوى لتهديدها الاستقرار العائلى . ومن ثم كان للقاضى الوطنى أن يستبعد مثل هذه القوانين تأسيساً على أنها تعوق تحقيق أحد أهداف السياسة التشريعية فى دولة القاضى .

ويستوفى فريق رابع من (الفقه الحديث) بوجود اتجاه واضح فى القضاء نحو الوصول إلى نظام دولى بالمعنى الحقيقى أى نحو نظام عام لا يمثل مصالح دولة معينة أو يحمى الأسس التى يقوم عليها مجتمع معين ،

فقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تنص المادة ٢٨ من القانون الممنى على أنه " لايجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للأداب فى مصر " . ومؤدى هذا النص - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو نهى القاضى عن تطبيق القانون الأجنبى كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية فى الدولة مما يتعلق بالمصالح الجوهرية للمجتمع " .

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٣٤ قى جلسة ١٩٦٧/١١/٧)

وإنما يمثل المصالح العليا للمجتمع الدولى بأسره ويستجيب للأهداف السامية التى تسعى إليها الجماعة الدولية . وبذلك تصبح فكرة للنظام العام غير مرتبطة بالنظام القانونى لدولة معينة بل متصلة بالنظام الدولى ككل ، بحيث تشكل جزءا من القواعد التى تحكمه . ومن الأمثلة التى يسوقونها للتكليل على صحة رأيهم ما قضت به المحاكم الفرنسية من اعتبار عقد بيع الأسلحة المبرم بقصد إحداث انقلاب فى دولة أجنبية عقدا باطلا باعتباره يتنافى مع المبادئ الدولية التى تقضى باحترام سيادة الدولة الأجنبية (حكم محكمة السين الصادر فى ١٩٣٢/٨/٢) .

كذلك ما قضت به محكمة السين بتاريخ ١٩٥٦/١/٤ بأن عمليات التهريب الموجهة ضد دولة أجنبية تتعارض مع الضمير لقانونى للمجتمع الدولى ، ومن ثم تعتبر مخالفة للنظام العام الدولى .

٢- "المقرر - فى قضاء هذه المحكمة- أنه لايجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجبة للتطبيق وفقا للمادة ٢٨ من القانون المبنى إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر بلأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة " .

(طعن رقم ٧ لسنة ٤٢ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩/١/١٩٧٧)

٣- "وفقا للمادة ٢٨ من القانون المبنى لايجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر ، وإذ كان تطبيق القانون الفرنسى على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث بينما تعتبرهما الشريعة الإسلامية وأحكام قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من أصحاب الفروض والعصبات ، وكانت أحكام المواريث الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام فى مصر إذ هى وثيقة للصلة بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتدال بها وتغليب قانون أجنبى عليها مما لايسع للقاضى الوطنى معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين - إذ كان ذلك ، وكان الثابت فى الدعوى

أن المستوفاة مسلمة وأن الخصوم الذين يتنازعون تركتها مسلمون، فإن الحكم للمطعون فيه إذ امتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي على واقعة الدعوى لا يكون قد خالف القانون ."

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٢ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٤/٥/٢٧)

٢٣٦- نطاق تطبيق الدفع بالنظام العام :

يثار الدفع بالنظام العام عندما يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق يجيز أمرا يخالف النظام العام في دولة القاضى ، فيؤدى الدفع إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي . ويستبعد القانون الأجنبي بالقدر الذى يدرأ عنه مخالفة للنظام العام في دولة القاضى ، فإن كان هذا القانون يجيز أمورا يخالف بعضها النظام العام، وكانت هذه الأمور لا ترتبط ارتباطا وثيقا بالأمور الأخرى التى لا تتعارض مع النظام العام بحيث تتحقق الغاية من التصرف بالأخذ بالأمور الأخيرة وحدها ، فإن القاضى يعمل الدفع باستبعاد الأمور الأولى وحدها لمخالفتها للنظام العام ، أما الأمور التى لا تتعارض مع النظام العام ، فيطبق فى شأنها القانون الأجنبي .

أما إذا كانت الغاية لا تتحقق بأن تكون الأمور جميعا تنصل ببعضها اتصالا وثيقا لا يقبل انفصاما ، فإن القاضى لا يملك فى هذه الحالة إلا استبعاد القانون الأجنبي برمته .

فالشروط الوارد بالعقد مخالفا للنظام العام ، يؤدي إلى البطلان المطلق إذا كان الشرط هو للبائع للدافع للتعاقد ، باعتباره سببا للعقد ، فينحل العقد برمته ، أما إن لم يكن الشرط هو البائع للدافع للتعاقد، فإن الشرط وحده هو الذى يرد عليه البطلان فيستبعده القاضى ، ويظل العقد صحيحا بباقي شروطه مرتباً لكافة آثاره، ذلك لأن الشرط عندما لا يكون هو البائع للدافع فإن استبعاده لا ينال من الغاية المرجوة منه ^(١).

٢٢٧- شروط التمسك بالدفع بالنظام العام :

يخلص مما سلف أن التمسك بالدفع بالنظام العام لا يكون إلا إذا توافر الشرطان الآتيان :

الأول : أن يكون القانون الأجنبى واجب التطبيق قانونا بمعنى أنه هو القانون الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية . فالنظام العام يأتى كعلاج لاستبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق .
لما إذا كان قانون القاضى هو الواجب التطبيق فلا يجوز التمسك بهذا الدفع .

(راجع نقض طعن رقم ١٨٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٠/٥/١٩ -

طعن رقم جلسة ١٩٧١/٣/٢٣ منشورين ببند ٢٢٢)

الثانى : أن تكون أحكام القانون الأجنبى مخالفة للنظام العام فى دولة للقاضى بالتفصيل سالف الذكر ، وذلك وقت صدور الحكم أو

(١) للمستشار أنور طلبه ص ٥٧٥ ومابعدها .

بعد صدوره إن طعن فيه ولم يكن قد فصل فى الطعن بعد ، فإن كان القانون الأجنبى متفقا مع النظام العام فى دولة القاضى وقت صدور الحكم فلا محل لاستبعاد القانون الأجنبى حتى لو كان القانون الأجنبى مخالفا للنظام قبل ذلك " .

(راجع نقض طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٢٩ فى جلسة ١٩٦٤/٦/٢٥ - طعن رقم ١٧ لسنة ٣٢ ق " أحوال شخصية " جلسة ١٩٦٤/٥/٢٧ - جلسة ١٩٦٧/١١/٧)

أثر الدفع بالنظام العام :

٢٣٨- (أ) بالنسبة للعلاقة التى نشأت بسببولة القاضى :

يترتب على الأخذ بفكرة النظام العام ضرورة استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق وتطبيق القانون الوطنى محله . غير أن مدى هذا الانطباق يختلف باختلاف الظروف والأحوال . فإذا كانت قاعدة النظام العام من القواعد الناهية أو المانعة فإن أثرها فى هذه الحالة قاصر على استبعاد القانون الأجنبى لا أكثر ولا أقل ويصف الكتاب هذا الأثر بأنه أثر سلبى ، ومن أمثلة ذلك أن يطلب زوجان فرنسيان الطلاق أمام محكمة إيطالية فتستبعد هذه المحكمة القانون الفرنسى الذى يجيز الطلاق وهو قانون جنسيتها الواجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الإيطالية لأن القانون الإيطالى يمنع الطلاق .

لما إذا كانت قاعدة للنظام العام من القواعد الأمرة ، فإن أثرها يكون أوسع مدى فهي تستبعد للقانون الأجنبي الواجب التطبيق وهذا أثر ملبى ، ولكنها تذهب إلى أبعد من ذلك حيث ينطبق قانون الدولة التي يهمها للنظام العام وتسير الأمور كما لو لم يوجد تنازع بين القوانين وأن العبرة بقانون واحد فقط هو القانون الذى يوجد به للنظام العام، ومثل ذلك أن يرفع إيطاليان دعوى طلاق أمام محكمة فرنسية فتستبعد قانونهما الشخصى (وهو القانون الإيطالى الواجب التطبيق طبقا لقاعدة الإسناد الفرنسية) الذى يمنع الطلاق لأن هذا المنع يخالف النظام العام فى فرنسا ذلك النظام الذى يقضى بضرورة وجود الوثام بين الزوجين وإلا كان من المصلحة حل عقدهما ، ثم تطبق القانون الفرنسى فتقضى بالطلاق وفق أحكامه^(١).

٢٣٩- (ب) بالنسبة للعلاقة التى نشأت خارج بلد القاضى :

يجرى الفقه والقضاء فى فرنسا على أن أثر الدفع بالنظام العام ليس دائما واحدا بصدد إنشاء الحق فى بلد القاضى وبصدد التمسك فى هذا البلد بحق اكتسب فى الخارج . ففي مرحلة إنشاء الحق يبحث القاضى فيما إذا كان هذا الإنشاء يتعارض مع مقتضيات النظام العام أم لا يتعارض معها .

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٦٨- عز الدين عبد الله ص ٥٣٥ وما بعدها.

لما إذا كان المطروح أمام القاضى هو الاحتجاج بحق اكتسب فى الخارج ، فالذى يبحثه القاضى هو هل نفاذ هذا الحق أى التمسك بآثاره يتعارض مع النظام العام فى بلده أم لا يتعارض . والأمر فى الحالتين ليس على سواء . فقد يكون إنشاء الحق فى بلد القاضى مخالفا لمقتضيات النظام العام فيه ، ومع ذلك فإنه لو نشأ هذا الحق عينه فى الخارج ولربد التمسك بآثاره فى بلد القاضى لما عد نفاذه متعارضا مع هذه المقتضيات ، وذلك عندما يكون التعارض بين القانون الأجنبى والنظام العام فى بلد القاضى فى مرحلة إنشاء الحق ميناء أن الإجراءات أو الظروف الواجب توافرها لإنشاء الحق هى التى تتعارض مع النظام العام . فإذا ما تمت هذه الإجراءات وتوافرت هذه الظروف فى الخارج ونشأ الحق هناك ولربد التمسك به فى بلد القاضى ، لما وجد مقتضى يحرك الدفع بالنظام العام . وعلى ذلك فإنه وإن كان لا يجوز فى فرنسا للأجنبى أن يتزوجا زولجا دينيا ، لأن الزواج فيها نظام مدنى ، إلا أنه إذا ما تم فى الخارج زواج دينى وكان هذا الزواج هو الشكل المطلبى ، أمكن الاحتجاج به فرنسا . وقد أخذت المحاكم الفرنسية بالترفة بين أثر الدفع بالنظام العام فى مرحلة إنشاء للعلاقة فى فرنسا وبين أثره فى مرحلة التمسك فيها بعلاقة تمت فى الخارج فى مسألة للتطليق . ذلك أن التطليق كان غير جائز فى فرنسا إلى

ما قبل سنة ١٨٨٤ وكان هذا الحظر يسرى على الأجانب الذين يجيز لهم قانونهم للشخصى التطليق ، ومع ذلك فقد قضت محكمة السنقض الفرنسية بأنه يجوز لهؤلاء الأجانب أن يحتجوا فى فرنسا بتطليق تم بينهم فى الخارج .

على أن الاعتراف فى بلد القاضى بآثار الحق الذى اكتسب فى الخارج ليس معناه استبعاد الدفع بالنظام العام كلية فى هذا المجال، بل واقع الحال هو أن أثر الدفع فيه يكون مخففا فى بعض الحالات وهى التى لايتعارض فيها نفاذ الحق مع مقتضيات النظام العام. ولذلك فإنه ما إن تحقق هذا التعارض فى الحالات الأخرى حتى يتحرك الدفع ويمنع التمسك بآثار الحق . بمعنى أن جزاء مخالفة النظام العام فى هذه الحالات لا يكون بطلان العلاقة ، وإنما هو عدم سريان آثارها فى بلد القاضى . وتطبيقا لذلك قضت المحاكم الفرنسية بأنه لايجوز الاحتجاج فى فرنسا بحق الملكية فى منقول ولو أنه اكتسب فى الخارج وفقا لقانون الموقع الذى يجيز نزع الملكية دون تعويض عنه . وقد حدث أن أمتت روسيا السوفيتية الأساطيل التجارية ، وحدث أن التجأ أحد هذه الأساطيل واسمه (La Ropit) إلى ميناء مرسيليا بفرنسا، وعندما طالبت روسيا بملكية بواخر هذا الأسطول استنادا إلى حقها المكتسب فيها وفقا للقانون السوفيتى (قانون الموقع السابق) رفض القضاء الفرنسى

دعواها "لأن تأميم هذه البواخر حصل بطريق نزع الملكية بطريق غير عادى وغير عادل ، إذ لم تعوض الحكومة الموفيتية الملاك ، وهو ما يتجلفى مع احترام حق الملكية ، وما لا يمكن الاعتراف بآثاره فى فرنسا لتعارضه مع مقتضيات النظام للعام الفرنسى^(١).

غير أن انتشار حركة التأميم بعد الحرب العالمية الثانية بسبب ما ولدته من مشاكل سياسية واقتصادية ، والاتجاه إليه فى مختلف الدول مع تنوع نظمها السياسية والاقتصادية قد يسر من أمر الاعتراف بالآثار الدولة للتأميم . وآية ذلك أن الفقه يتجه إلى عدم استلزام أداء التعويض الكامل للاعتراف بهذه الآثار والاكتفاء بالتعويض " العادل " أو " المناسب " أو " الجدى " وكذلك عدم استلزام أن يكون التعويض حالا أى يؤدى مقدما ، فيصح أن يكون أداؤه مؤجلا مادام مصحوبا بضمانات جدية . ويرى بعض الفقهاء أن تأميم المشروع الذى تجريه الدولة التى يوجد بها مركز إدارته الرئيسى لا يتناول أمواله الواقعة خارج إقليم هذه الدولة ولو تم التأميم مقابل تعويض ، وذلك تأسيسا على إقليمية التأميم نتيجة لإقليمية سيادة الدولة ، أو تأسيسا على تعارضه مع النظام العام فى الدولة الواقعة بها تلك الأموال بينما يرى البعض الآخر أن إنكار آثار التأميم الدولية على هذا الوجه إنما يقوم على الخلط بين

(١) نقض فرنسى ٥ مارس ١٩٢٨.

المصادرة والتأميم ، وهو بعد لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة دفاع
لإزاء التأميم الذى يهدد العدالة ، كما لو كان بغير تعويض . وأنه
لما ييسر الاعتراف بالأثر الدولية للتأميم ^(١).

(١) راجع فى هذا عز الدين عبد الله من ٥٤٠ وما بعدها .

(الفصل الثانى)
(الأشخاص)
١ - الشخص الطبيعى
مادة (٢٩)

١ - تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا ، وتنتهى بموته .

٢ - ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون .

الشرح

٢٤٠ - المقصود بالشخصية :

الشخصية هى الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات .
ومن تتوافر فيه هذه الشخصية يسمى شخصا . فالشخص إذن هو
من يصلح لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات . وتثبت الشخصية
لكل إنسان بوصفه هذا . ومن ثم كان كل إنسان شخصا (أى
صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات) .

وإذا كان الأمر كذلك فالشخص الطبيعى هو إنسان توافرت فيه
الشخصية (على المعنى الذى أوضحناه) .

٢٤١ - متى تبدأ شخصية الإنسان ؟

تبدأ الشخصية الطبيعة للإنسان بتمام ولادته حيا ، فيجب إذ أن
تكون ولادته تامة بمعنى أن يفصل الوليد انفصالا كاملا عن أمه .

فإذا خرج بعض أعضاء الوليد أو حتى معظمها إلى الحياة ، ولكن مات قبل أن يخرج الباقي ، فلا تثبت له الشخصية .

وفى هذا يستحق حكم القاتلون مع قول الأئمة الثلاثة : مالك والشافعي وأحمد بن حنبل . ولكنه يخالف ما جاء به الإمام أبو حنيفة، حيث اكتفى لثبوت الشخصية للإنسان ، بخروج معظمه حيا. وإذا تمت الولادة ، لم يكن هناك أية أهمية لطريقة حصولها ، فسواء تمت طبيعياً أم نتيجة عملية جراحية^(١).

ولا يمنع من تمام الولادة ألا يكون الحبل السرى الذى يربط المولود بأمه قد قطع .

ويجب أن يكون الوليد متمتعاً بالحياة فى الوقت الذى يتم فيه انفصاله عن أمه ولو لأقصر مدة ممكنة بعد الولادة . فإذا انفصل الجنين عن أمه ميتاً فلا يعتبر شخصاً ومن ثم لا تثبت له حقوق ولا تجب عليه التزامات .

أما إذا انفصل الجنين حياً ثم مات فور نزوله تثبت له مع ذلك الشخصية وتثبت له الحقوق فى خلال هذه الفترة الوجيزة . يدل على ذلك أن الشارع المصرى لا يشترط أن يولد الطفل قابلاً للحياة، بل يشترط فقط أن يولد حياً. أما شرط القابلية للحياة فليس مطلوباً.

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية الحق طبعة ١٩٥٧ ص ٣٥٧ وما بعدها -

الدكتور نبيل إبراهيم سعد المنخل إلى قانون نظرية الحق طبعة ١٩٩٥

ومن ثم إذا ولد المولود حيا ثم مات مباشرة تثبت له حقوقه وتنقل هذه الحقوق إلى ورثته أى أن الورثة يتلقون هذه الحقوق على أنها تركة للجنين لا على أنها تركة مورثهم (أبيهم مثلا) .

ويحصل إثبات الولادة حيا بشهادة الأشخاص الذين كانوا موجودين وقت الوضع بأن يشهدوا أنهم لاحظوا على الوليد أعراض الحياة من بكاء وصراخ أو شهيق . فإن تعذر ذلك تعين اللجوء إلى خبرة الطب الشرعى ، ويلجأ الطبيب الشرعى عادة إلى فحص الرئتين باعتبار أن التنفس بعد الولادة هو من أوكد علامات الحياة فيضع الطبيب الرئتين فى الماء فإن طفيتا دل على ذلك أن الوليد قد تنفس أما إذا لم تطفيا كان معنى ذلك أن الوليد قد ولد ميتا^(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- تبدأ الشخصية الطبيعية للإنسان بتمام ولادته حيا ، فيجب إذا أن تكون ولادته تامة ، وأن يكون قد ولد حيا ، فقبل أن تتم الولادة لا تبدأ الشخصية . وإذا تمت الولادة ولكن الجنين ولد ميتا ، فلا تبدأ الشخصية كذلك وتنتهى الشخصية بالموت"^(٢).

(١) الدكتور عبد الحى حجازى نظرية الحق الطبعة الثانية ١٩٥١ - ١٩٥٢ ص ٩٦ ومبجدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٢٠ .

وقضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٢٩ من القانون المدنى على أن " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهى بموته " . وفى المادة ٤٥ من ذات القانون على أنه " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو ... ٢- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد للتمييز " يدل على أن الأصل - وعلى ما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون - على أن الشخصية القانونية للشخص الطبيعى تبدأ بتمام ولادته حيا وتنتهى بوفاته ، وما بين الولادة والوفاة يوجد الشخص الطبيعى " .

(طعن رقم ١٣٤٥ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٣)

٢٤٢- الجنين (الحمل المستكن) :

القاعدة - كما ذكرنا سلفا - أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا . ولكنها تبدأ قبل ذلك من قبيل الاستثناء بالنسبة إلى الجنين . وقد أشارت إلى ذلك الفقرة الثانية من المادة بقولها : " ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون " .

وبالرجوع إلى القانون المصرى نجد أنه أعطى الجنين الحقوق

الآتية :

١- الحق فى ثبوت نسبه من أبه .

٢- الحق فى الميراث ، فهو يرث أقرباءه إذا ماتوا وهو فى

بطن أمه .

وعلى هذا نصت المادة ٤٢ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريث بقولها :

" يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه نكر أو أنثى " .

وإذا توفي الرجل عن زوجته أو عن معتكته فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حيا لخمس وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة .

ولا يرث الحمل غير أبيه إلا في الحالتين الآتيتين :

(الأولى) أن يولد حيا لخمس وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة إن كانت أمه معتدة أو فرقة ، ومات المورث أثناء العدة .

(الثانية) أن يولد حيا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة (م ٤٣) .

ومعنى ذلك أنه يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أم أنثى . فإذا مات شخص وترك زوجته حبلى ، أوقف للحمل من تركته نصيب الذكر . فإذا ولد ذكرا استحق ما أوقف له . وإذا ولد أنثى ، استحق نصيب الأنثى ، وذهب الباقي مما أوقف له للورثة الآخرين .

٣- يستحق الحمل الوصية التي تجرى لصالحه وهو فى بطن أمه ، ولو مات الموصى قبل ولادته .

وفى هذا تنص للمادة ٣٥ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية على أنه :
" تصح الوصية للحمل فى الأحوال الآتية :

١- إذا أقر الموصى وجود الحمل وقت الوصية وولد حيا لخمسـة وستين وثلاثمئة يوم ناقل من وقت الوصية .

٢- إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل وولد حيا لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد حيا لخمسـة وستين وثلاثمئة يوما فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة .

وإذا كانت الوصية لحمل من معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين . وتوقف غلة الموصى به إلى انفصل الحمل حيا فتكون له " .

٤- الهبة : فقد نصت المادة (١٢) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أنه : " لا يجوز للولى أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة " . ومفهوم المخالفة لهذا النص أنه يجوز للولى قبول هبة للجنين طالما أنها ليست محملة بالتزامات معينة .

٥- الحق فى غلات الوقف : وقد نص على هذا الحق فى قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ . وقد تأثر هذا الحق بصدر قانون إلغاء الوقف على غير جهات البر رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

٦- الحق فى الاستفادة من الاشرط الذى يشترطه الغير ، كان يكون مستفيدا من عقد تأمين عقده الغير ، أو من تكليف فرضه لصالحه الواهب على الموهوب له .

كما نصت المادة ٢٩ من المرسوم بقانون سالف الذكر على أنه إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصيا ويبقى وصى الحمل المستكن وصيا على المولود ما لم تعين المحكمة غيره .

ونصت المادة ٩/٣٩ على أنه لايجوز للوصى قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها ، ومفهوم المخالفة أنه يجوز له قبول التبرعات غير المقترنة بشرط ، ولم يخص المشرع القاصر وحده بهذه الفقرة ولذلك تمتد إلى الحمل^(١).

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥٨٥ ومابعدها - وعكس ذلك المنهوى جـه ص ١٠٢ ويعتبر رأينا هذا عدولا عن رأى الولود فى مجلد (عقد لهبة - عقد الصلح - عقد الوكالة) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" وما بين الولادة والموت يوجد الشخص الطبيعي ويتمتع بأهلية الوجوب وهى غير أهلية الأداء ، فهى قابلية للشخص لأن تكون له حقوق وعليه واجبات على أن أهلية الوجوب هذه قد توجد قبل الولادة وقد تبقى بعد الموت ، فالجنين يجوز أن يوصى له فيملك بالوصية ، ويجوز أن يوقف عليه فيكون مستحقا للوقف ، ويرث فيملك بالميراث ، كذلك الميت تبقى حياته مقبرة حتى تسند إليه ملكية ما تركه من مال إلى أن تسد ديونه إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون " (١).

وتجدر الإشارة إلى أن ما يكسبه الجنين من حقوق يكون مطلقا على شرط ولادته حيا ، فإذا تحقق هذا الشرط ثبتت للجنين هذه الحقوق ، وأما إذا لم يتحقق الشرط بأن ولد ميتا فإن هذه الحقوق تزول بأثر رجعى ، ويعتبر الجنين كأنه لم يكسب شيئا (٢).

٢٤٣- انتهاء الشخصية :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن : " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته وتنتهى بموته " .

(١) مجموعة الأعمال للتحضيرية جـ ١ ص ٣٢٠ وما بعدها .

(٢) للدكتور عبد الوود يحيى محاضرات فى المنخل لدراسة القانون (نظرية

الحق) طبعة ١٩٦٨ - ١٩٦٩ ص ٣٩ - عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦١ .

وتثبتت الوفاة بواسطة السجلات الرسمية للمعدة لذلك والتي أشارت إليها المادة ٣٠ من التقنين المدني كما سنرى .
فشخصية الإنسان تنتهى بموته ، وقد يكون الموت حقيقيا ، وتثبت الوفاة على النحو السالف . وقد يكون حكما وهو المفقود ، وقد اشترط القانون كما سنرى أن يصدر حكم من القضاء باعتباره ميتا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" توقيع الحجر على شخص يعتبر إجراء تحفظيا يستهدف منعه من إساءة التصرف فى أمواله ، فإذا توفى الشخص استحال أن يتصرف فى تلك الأموال ، ويحول مقتضى الحجر وعة الحكم به ، وطالما كان أمر توقيع الحجر معروضا على القضاء ولم يصدر به حكم حائزا لقوة الأمر المقضى ، فإن الدعوى به تنتهى بوفاة المطلوب الحجر عليه بغير حكم يعرض لأهليته ، وهذا ما يستفاد من المادة ٦٥ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال ، الذى يشترط للحكم بتوقيع الحجر أن يكون المطلوب الحجر عليه شخصا بالغا ، وتعين المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله ، فإذا انتهت شخصية المطلوب الحجر عليه بموته طبقا للمادة ١/٢٩ من القانون المدني استحال الحكم لصيرورته غير ذى محل فضلا عن أن أموال المطلوب

للحجر عليه تورث عنه بموته عملاً بالمادة الأولى من القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالمواريث فلا تعود هناك أموال يعهد بها إلى قسيم لإدارتها ويصبح توقيع الحجر لغوا ، لما كان ما تقدم ، وكان البين من الأوراق ، أن المطلوب الحجر عليه توفي أثناء نظر المعارضة المقامة منه عن الحكم الغيابي القاضى بتوقيع الحجر عليه، فإنه كان يتعين معه الحكم فى تلك المعارضة بانتهاء دعوى الحجر، وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكم الابتدائى الصادر بتأييد الحكم المعارض فيه ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١٣ لسنة ٤٩ قى "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٠/١/٢٣)

مادة (٣٠)

- ١- تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك .
- ٢- فإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات جاز الإثبات بآلية طريقة أخرى .

الشرح

٢٤٤- إثبات الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك :

كل من الولادة والوفاة واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود . إلا أنه نظرا لأهمية ثبوتها وتاريخ وقوعها ، فقد نظم المشرع وسيلة أكيدة لإثباتها . فقد وضع نظاما يسجل بمقتضاه واقعة الميلاد والوفاة فى دفاتر رسمية بواسطة موظفين عموميين يختصون بذلك . ويستطيع كل ذى مصلحة طلب شهادة رسمية تستخرج ببياناتها من واقع هذه السجلات الرسمية . فثبتت للولادة بشهادة الميلاد التى تستمد من هذه الدفاتر . وكذلك النسب الذى يترتب على الولادة .

والموت يثبت أيضا بشهادة الوفاة التى تستمد من هذه السجلات . والأصل أن شهادة الميلاد وشهادة الوفاة كافتتان للإثبات ، إلا إذا أقام ذوو الشأن الدليل على عدم صحة ما أدرج فى السجلات فليس ما أثبتت بسجلات المواليد والوفيات حجة قطعية فيما يتعلق

بسالولادة أو الوفاة ، فقد يتم الإبلاغ على غير الحقيقة لكنذب المبلغ .
ويجوز حينئذ إثبات الولادة والوفاة بجميع طرق الإثبات .

كذلك يجوز إثباتها بجميع الطرق إذا لم توجد شهادة الميلاد أو شهادة الوفاة لأى سبب من الأسباب ، وليس من الضروري إثبات أن هاتين الشهادتين قد فقدتا . بل يكفى ألا يوجد حتى يسمح لنوى الشأن بإثبات الولادة والوفاة بجميع الطرق .

على أنه يلاحظ فى إياحة إثبات الولادة والوفاة بكافة الطرق ، أن قانون الأحوال الشخصية هو الذى يحدد قوة الإثبات للطرق المختلفة . فتنبع أحكام الشريعة الإسلامية فى ثبوت النسب . ومن أحكام الشريعة الإسلامية فى ثبوت النسب القاعدة التى تقضى بأنه إذا ولدت الزوجة حال قيام النكاح الصحيح ولدا لتنام ستة أشهر فصاعدا من حين عقده يثبت نسبه من الزوج ، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه منه إلا إذا ادعاه ولم يقل إنه من الزنا .

ومن أحكامها أيضا للعان وما يتصل به من القواعد ، وكذلك القاعدة التى تقضى بأنه إذا ادعت للزوجة المنكوحة الولادة وجدها الزوج تثبت بشهادة امرأة مسلمة حرة عدلة ، كما لو أنكر تعيين الولد فإنه يثبت تعيينه بشهادة القابلة المتصفة بما ذكر ، وإذا أقر رجل بنبوة غلام مجهول للنسب وكان فى المن بحيث يولد مثله

لمتله وصدقه الغلام إن كان مميزا يعبر عن نفسه أو لم يصدقها
يثبت منه نمبه ولو أقر بينوته في مرضه وتلزمه نفقته وتربيته
ويشارك غيره من ورثة المقر ولو جحدوا نمبه ، ويرث أيضا من
أبى المقر وإن جحد ، وإن كان للغلام أم وادعت بعد موت المقر
أنها زوجته ولن الغلام ابنها وكانت معروفة بأنها أمه وبالإسلام
وحرية الأصل أو بالحرية للعارضة لها قبل ولادته بسنتين فإنها
ترث أيضا من المقر ، فإن نازعها الورثة وقالوا إنها لم تكن زوجة
لأبيهم أو أنها كانت غير مسلمة وقت موته ولم يعلم إسلامها وقتئذ ،
أو أنها كانت زوجة له وهى أمة لا ترث .

وإذا لم تكن للمرأة متزوجة ولا معتدة لزوج وأقرت بالأمومة
لصبي يولد مثله لمتلها وصدقها إن كان كان مميزا أو لم يصدقها
صح إقرارها عليه ويرث منها الصبي وترث منه ، فإن كانت
متزوجة أو معتدة لزوج فلا يقبل إقرارها بالولد إلا أن يصدقها
الزوج أو تقام البينة على ولادتها ولو معتدة ، أو تشهد امرأة مسلمة
حرة عدلة ولو منكوحة أو تدعى أنه من غيره . وإذا أقر ولد
مجهول النسب نكرا كان أو أنثى بالأبوة لرجل أو بالأمومة لامرأة ،
وكان يولد مثله لمثل المقر له وصدقه فقد ثبتت أبوتها له ، ويكون
عليه ما للأبوين من الحقوق وله عليهما ما للأبناء من النفقة
والحضانة والتربية . وتثبت الأبوة والبنوة والأخوة وغيرها من

أنواع القرابة بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول، ويمكن إثبات دعوى الأبوة والبنوة مقصودة بدون دعوى حق آخر معها إذا كان الأب أو الإبن المدعى عليه حيا حاضرا أو نائبه ، فإن كان ميتا فلا يصح إثبات النسب منه مقصودا بل ضمن دعوى حق يقيمها الإبن أو الأب على خصم فى ذلك الوارث أو الوصى أو الموصى له أو الدائن أو المدينون ، وكذلك دعوى الأخوة والعمومة وغيرها لا تثبت إلا ضمن دعوى حق^(١).

٢٤٥- تطبيقات فى قضاء محكمة النقض :

(أ) - شهادة الميلاد مجرد قرينة على إثبات النسب :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " النعى بأن شهادة الميلاد ليست حجة فى إثبات النسب مردود بأن الحكم المطعون فيه لم يتخذ من شهادة الميلاد حجة على ثبوت النسب وإنما اعتبرها قرينة بالإضافة إلى الأدلة والقرائن الأخرى التى أوردتها الحكم " .

(ظن رقم ٥ لسنة ٤٢ قى 'أحوال شخصية' جلسة ١٩٧٥/٦/٢٥)

٢- " البيانات الواردة بشهادات الميلاد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - باعتبارها من إملاء صاحب القيد لاتصلح

(١) منكرة المشروع للتهدى مجموعة الأعمال التفسيرية جـ ١ ص ٣٢٢

ومابعدا .

بمجرد ما لثبوت النسب وإن كانت تعد قرينة لا يمنع لحضها وإقامة الدليل على عكسها " .

(طعن رقم ٩ لسنة ٤٤ قى "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٤)
٣- "تد طفلة ، وردت إلى ملجأ الرضع باسم ... لا يفيد أنها لينة لشخص حقيقى يحمل هذا الاسم وأنها معلومة النسب ، لما هو مقرر من إطلاق اسم على اللقطاء تمييزا لهم وتعريفا بشخصيتهم عملا بالمادة ١٠ من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩١٢ بشأن المواليد والوفيات والتي أوجبت إطلاق اسم ولقب على حديث الولادة".

(طعن رقم ٢ لسنة ٤٣ قى "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٦/٣/١٠)
(ب) حجية شهادة الوفاة قاصرة على صدور البيانات على لسان ذوى الشأن :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد المادة ١١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ -
المقابلة للمادة ٣٩١ من القانون المنى - أن الحجية المقررة للأوراق الرسمية تقتصر على ما ورد بها من بيانات تتعلق بما قلم به محررها أو شاهد حصوله من ذوى الشأن أو تلقاه عنهم فى حدود سلطته واختصاصه ، تبعا لما فى إنكارها من مساس بالأمانة والثقة المتوافرين فيه ، ومن ثم لا تتناول هذه الحجية البيانات الخارجة عن الحدود أو ما تعلق بمدى صحة ما ورد على لسان

نوى الشأن من بيانات لأن إثباتها فى ورقة رسمية لايعطيها قوة خاصة فى ذاتها بالنسبة لحقيقة وقوعها ، فيرجع فى أمر صحتها أو عدم صحتها إلى القواعد للعامة فى الإثبات " .

(طعن رقم ١٩ لسنة ٤١ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٧/٤/٢٧)

٢- " شهادة الوفاة ورقة رسمية معدة لإثبات حصول الوفاة ، ومهمة الموظف المختص بتكوين الوفيات تقتصر وفقا لنص المادة ٢٩ وما بعدها من قانون الأحوال المدنية رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ على التحقق من شخصية المتوفى قبل القيد إذا كان التبليغ غير مصحوب بالبطاقة الشخصية ، أما البيانات الأخرى المتعلقة بسن المتوفى ومحل ولادته وصناعته وجنسيته وديانته ومحل إقامته واسم ولقب والده وولادته فعلى الموظف المختص تدوينها طبقا لما يدلى به نوى الشأن ، ومن ثم فإن حجية شهادات الوفاة بالنسبة لتلك البيانات تنحصر فى مجرد صدورها على لسان هؤلاء دون صحتها فى ذاتها وتجاوز الإحالة إلى التحقيق لإثبات ما يخالفها " .

(طعن رقم ١٩ لسنة ٤١ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٧/٤/٢٧)

مادة (٣١)

دفتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ينظمها قانون خاص.

الشرح

٢٤٦- تنظيم دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها :

أحالت المادة (٣١) فى تنظيم دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها إلى قانون خاص .

وينظم دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها الآن القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ فى شأن الأحوال المدنية ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير الداخلية رقم ١١٢١ لسنة ١٩٩٥ . وهذا القانون قد ألغى القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الأحوال المدنية (١).

(١) تنص المادة ٨٠ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ على أن :
" مع مراعاة حكم المادة ٧٨ من هذا القانون يلغى القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الأحوال المدنية ويلغى كل حكم مخالف لأحكام هذا القانون .

وللمادة ٧٨ مالملة الذكر تنص على : " تنزل أبطلقات الشخصية والعائلية وصور القيد القائمة بها سارية المفعول طبقاً لأحكام القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الأحوال المدنية إلى أن يتم استبدالها طبقاً للإجراءات والمواعيد وفى الأماكن التى يحددها وزير الداخلية بقرار منه .

ولما صدر القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الطفل نظم فى الفصل الثانى من الباب الأول منه قيد المواليد .
ومن ثم فإن الأحكام الواردة بالفصل المذكور تضحى هى واجبة التطبيق فى شأن قيد المواليد .

ونعرض فيما أولا لأحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ فى شأن قيد المواليد ، ثم نعرض بعد ذلك لأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ فى شأن الإبلاغ عن الوفاة .

٢٤٧- أولاً : أحكام قيد المواليد فى القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الطفل :

مادة (١٤) : يجب التبليغ عن المواليد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ حدوث الولادة ، ويكون التبليغ على النموذج المعد لذلك إلى مكتب الصحة فى الجهة التى حدثت فيها الولادة إذا وجد بها مكتب أو إلى الجهة الصحية فى الجهات التى ليست بها مكاتب صحة أو إلى العمد فى غيرها من الجهات ، وذلك على النحو الذى تبينه اللائحة التنفيذية .

وعلى العمد إرسال التبليغات إلى مكتب الصحة . أو إلى الجهة الصحية خلال سبعة أيام من تاريخ التبليغ بالولادة .

وتعتبر البطاقات القائمة لاجية بمجرد انتهاء المدة المحددة لاستخراج البطاقات الصادرة طبقاً لأحكام هذا القانون " .

وعلى مكتب الصحة أو الجهة الصحية إرسال التبليغات إلى مكتب السجل المدني المختص خلال ثلاثة أيام من تاريخ تبليغها لقيدها في سجل المواليد .

مادة (١٥) : الأشخاص المكلفون بالتبليغ عن الولادة هم :

- ١- والد الطفل إذا كان حاضرا .
 - ٢- والدة الطفل شريطة إثبات العلاقة الزوجية على النحو الذى تبينه اللائحة التنفيذية .
 - ٣- مديرو المستشفيات والمؤسسات العقابية ودور الحجر الصحى وغيرها من الأماكن التى تقع فيها الولادات .
 - ٤- العمدة أو الشيخ .
- كما يجوز قبول التبليغ ممن حضر الولادة من الأقارب والأصهار البالغين حتى الدرجة الثانية على النحو الذى تبينه اللائحة التنفيذية .
- ويسأل عن عدم التبليغ فى المواعيد المقررة المكلفون به بالترتيب السابق ، ولايجوز قبول التبليغ من غير الأشخاص السابق ذكرهم .

ويجب على الأطباء والمرخص لهم بالتوليد إعطاء شهادة بما يجرونه من ولادات تؤكد صحة الواقعة وتاريخها واسم أم المولود ونوعه ، كما يجب على أطباء الوحدات الصحية ومفتشى الصحة

إصدار شهادات بنفس المضمون بعد توقيع الكشف الطبى إذا طلب منهم ذلك فى حالات التوليد الأخرى .

مادة (١٦) : يجب أن يشتمل التبليغ على البيانات الآتية :

- يوم الولادة وتاريخها .

- نوع الطفل (ذكر أو أنثى) واسمه ولقبه .

- اسم الوالدين ولقبهما وجنسيتهما وديانتهما ومحل إقامتهما ومهنتهما .

- محل قيدهما إذا كان معلوما للمبلغ .

- أى بيانات أخرى يضيفها وزير الداخلية بقرار منه بالاتفاق مع وزير الصحة .

مادة (١٧) : على أمين السجل المدنى تحرير شهادة الميلاد على النموذج المعد لذلك عقب الواقعة، وتتضمن الشهادة البيانات المنصوص عليها فى المادة (١٦) من هذا القانون . وتعلم شهادة الميلاد بغير رسوم إلى رب أسرة المولود بعد التحقق من شخصيته وتحدد اللائحة التنفيذية غيره من الأشخاص الذين يمكن تسليمهم شهادة الميلاد .

مادة (١٨) : إذا توفى المولود قبل التبليغ عن ولادته فيجب التبليغ عن ولادته ثم وفاته . أما إذا ولد ميتا بعد الشهر السادس من الحمل فيكون التبليغ مقصورا على وفاته .

ملادة (١٩) : إذا حدثت واقعة الميلاد أثناء السفر إلى الخارج
وجب التبليغ عنها إلى أقرب قنصلية مصرية في الجهة التي
يقصدها المسافر أو إلى مكتب السجل المدني المختص خلال ثلاثين
يوما من تاريخ الوصول .

وإذا حدثت واقعة الميلاد أثناء العودة فيكون التبليغ في الأجل
المذكور إلى مكتب الصحة أو الجهة الصحية للكائنة في محل
الإقامة .

ملادة (٢٠) : على كل من عثر على طفل حديث الولادة في
المدن أن يسلمه فوراً بالحالة التي عثر عليه بها إلى إحدى
المؤسسات المعدة لاستقبال الأطفال حديثي الولادة أو أقرب جهة
شرطة التي عليها أن ترسله إلى إحدى المؤسسات ، وفي الحالة
الأولى يجب على المؤسسة إخطار جهة الشرطة المختصة وفي
القرى يكون التسليم إلى العمدة أو الشيخ بمثابة التسليم إلى جهة
الشرطة وفي هذه الحالة يقوم العمدة أو الشيخ بتسليم الطفل فوراً
إلى المؤسسة أو جهة الشرطة أيهما أقرب .

وعلى جهة الشرطة في جميع الأحوال أن تحرر محضراً
يتضمن جميع البيانات الخاصة بالطفل ومن عثر عليه ما لم يرفض
الأخير ذلك . ثم تخطر جهة الشرطة طبيب الجهة الصحية
المختصة لتقدير سنة وتسميته تسمية ثلاثية . وإثبات بياناته في
دفتر المواليد وترسل للجهة الصحية صورة للمحضر وغيره من

الأوراق إلى مكتب السجل المدني المختص خلال سبعة أيام من تاريخ القيد بدفتر مواليد الصحة . وعلى أمين السجل المدني قيد الطفل في سجل المواليد . وإذا تقدم أحد الوالدين إلى جهة الشرطة بإقرار بأبوته أو أمومه للطفل حرر محضر بذلك تثبت فيه البيانات المنصوص عليها في المادة (١٦) من هذا القانون، وترسل صورة من المحضر إلى السجل المدني المختص خلال سبعة أيام من تاريخ تحرير المحضر .

مسألة (٢١) : يكون قيد الطفل المشار إليه في المادة السابقة طبقاً للبيانات التي يدلى بها المبلغ وتحت مسؤوليته عدا إثبات اسم الوالدين أو أحدهما فيكون بناء على طلب كتابي صريح ممن يرغب منهما .

ولا يكون لهذا القيد حجية تتعارض مع القواعد المقررة في شأن الأحوال الشخصية .

مسألة (٢٢) : استثناء من حكم المادة السابقة لا يجوز لأمين السجل ذكر اسم الوالد أو الولادة أو كليهما معا . وإن طلب منه ذلك في الحالات الآتية :

- ١- إذا كان الوالدان من المحارم فلا يذكر اسمهما .
- ٢- إذا كانت الولادة متروجة وكان المولود من غير زوجها فلا يذكر اسمها .

٣- بالنسبة إلى غير المسلمين ، إذا كان الولد متزوجا وكان المولود من غير زوجته الشرعية فلا يذكر اسمه إلا إذا كانت الولادة قبل الزواج أو بعد فسخه ، وذلك عدا الأشخاص الذين يعتقدون ديناً يجيز تعدد الزوجات .

وتحدد اللائحة التنفيذية البيانات التي تذكر في شهادة الميلاد في الحالات سالفة الذكر .

مادة (٢٣) : يعاقب على مخالفة أحكام المواد ١٤ ، ١٥ ، ١٨ ، ١٩ ، ٢٠ من هذا القانون بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز مائة جنيه .

مادة (٢٤) : دون إخلال بأى عقوبة أشد ينص عليها القانون، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أنلى عمداً ببيان غير صحيح من البيانات التي يوجب القانون ذكرها عند التبليغ عن المولود .

٢٤٨- ثانياً : أحكام التبليغ عن الوفيات في القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ :

تنظم هذه الأحكام المواد (٣٥ - ٤٢) من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ في شأن الأحوال المدنية . وهي تنص على ما يأتي:

مادة ٣٥ : يجب التبليغ عن الوفيات إلى مكتب الصحة في الجهة التي حدثت فيها الوفاة أو إلى الجهات الصحية التي يحددها

وزير الصحة بقرار منه فى الجهات التى ليس بها مكاتب صحة ،
أو إلى العمدة أو الشيخ فى غيرها من الجهات ، وذلك خلال ٢٤
ساعة من تاريخ الوفاة أو ثبوتها .

ويكون التبليغ من المكلفين به على نسختين من النماذج المعدة
لذلك ، ومشتملا على البيانات والمستندات التى تحددتها اللائحة
التنفيذية والتى تؤكد صحة الواقعة .

مادة ٣٦ : الأشخاص المكلفون بالتبليغ عن الوفاة على الترتيب

هم :

- ١- أصول أو فروع أو أزواج المتوفى .
 - ٢- من حضر الوفاة من أقارب المتوفى البالغين .
 - ٣- من يقطن فى مسكن واحد مع المتوفى من الأشخاص البالغين .
 - ٤- الطبيب المكلف بإثبات الوفاة .
 - ٥- صاحب المحل أو مديره أو الشخص القائم بإدارته إذا
حدثت الوفاة فى مستشفى أو عيادة خاصة أو ملجأ أو فندق أو
مدرسة أو مؤسسة عقابية أو ربان السفينة أو قائد الطائرة أو
المشرف على وسيلة السفر أو أى محل آخر .
- ولا يقبل التبليغ من غير المكلفين به .

مادة ٣٧ : إذا كانت الوفاة نتيجة لتنفيذ حكم بالإعدام فلا يذكر ذلك بشهادة الوفاة وتنظم اللائحة التنفيذية إجراءات التبليغ عن الواقعة وقيدھا .

مادة ٣٨ : يجب على مكاتب الصحة والجهات الصحية إصدار التصريح بالدفن فور تلقي التبليغ عن واقعة الوفاة مرفقا به الكشف الطبى الصادر من مفتش الصحة أو الطبيب المكلف بإثبات الوفاة والذي يفيد ثبوت واقعة الوفاة .

مادة ٣٩ : إذا كان المتوفى مجهول الشخصية وجب إخطار جهة الشرطة للمتوفى بدائرتها وعلى هذه الجهة أن تحرر محضرا بالواقعة ونماذج التبليغ المعدة لذلك وإرسال أصل المحضر ونسخة من التبليغ إلى النيابة، وصورتين من المحضر مع نسختين من التبليغ إلى مكتب الصحة المختص الذى عليه إرسال صورة من المحضر ونسخة من التبليغ إلى قسم السجل للمنى المقابل ضمن الإخطارات الأسبوعية عن وقائع الوفاة مع الاحتفاظ بإحدى نسخ التبليغ ، ويتم القيد وفقا للإجراءات المنصوص عليها فى اللائحة التنفيذية .

مادة (٤٠) : على موظف الجهة الصحية المختص بتلقى تبليغات الوفاة أن يتحقق من شخصية المتوفى واستيفاء بيانات التبليغ والمستندات المؤكدة لصحة الواقعة وبياناتها ، فإذا تعذر عليه التحقق من شخصيته يقبل التبليغ على مسئولية المبلغ بعد التحقق من شخصيته .

مادة (٤١) : إذا حدثت واقعة وفاة لأحد المواطنين أثناء رحلة العودة من السفر بالخارج فيكون التبليغ عن الواقعة إلى مكتب الصحة أو الجهة الصحية في ميناء الوصول خلال ٢٤ ساعة من الوصول.

مادة (٤٢) : العسكريون والمدنيون التابعون لوزارة الدفاع والمتطوعون الذين يتوفون أو يستشهدون داخل أراضي جمهورية مصر العربية أو خارجها تقوم وزارة الدفاع بإخطار مصلحة الأحوال المدنية عنهم لإخطار قسم السجل المدني المختص، وتنظم اللائحة التنفيذية الإجراءات التي تتبع في هذه الحالة .

٢٤٩- تصحيح قيود الأحوال المدنية :

تشكل في دائرة كل محافظة لجنة من :

- ١- المحامي العام للنزابة الكلية بالمحافظة أو من ينوبه وفي حالة تعددهم يختار النائب العام أحدهم (رئيسا) .
- ٢- مدير إدارة الأحوال المدنية بالمحافظة أو من ينوبه .
- ٣- مدير مدير مديرية الشؤون الصحية بالمحافظة أو من ينوبه (عضوين) .

وتختص هذه اللجنة بالفصل في طلبات تغيير أو تصحيح قيود الأحوال المدنية المدونة في سجلات المواليد والوفيات ، وقيد الأسرة، وطلبات قيد ساقطى قيد الميلاد والوفاة للوقائع التي لم يبلغ

عنها خلال المدة المحددة بالقانون ومضى عليها أكثر من عام من تاريخ واقعة الميلاد أو الوفاة .

وتحدد اللائحة التنفيذية الإجراءات الخاصة بتقديم الطلبات وكيفية القيد والجهات الواجب إخطارها بالقرار الصادر فيها، ويحدد وزير الداخلية بقرار منه رسوم الإصدار بما لا يجاوز عشرة جنيهات (م٤٦) .

ولا يجوز إجراء أى تغيير أو تصحيح فى قيود الأحوال المدنية المسجلة عن وقائع الميلاد والوفاة وقيد الأسرة إلا بناء على قرار يصدر بذلك من اللجنة المنصوص عليها فى المادة السابقة. ويكون إجراء التغيير أو التصحيح فى الجنسية أو الديانة أو المهنة - أو فى قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج أو بطلانه أو التصديق أو الطلاق أو التطليق أو التعريق الجسماني أو إثبات النسب بناء على أحكام أو وثائق صادرة من جهة الاختصاص دون حاجة إلى استصدار قرار من اللجنة المشار إليها (م٤٧/١) ومثال التغيير أو التصحيح فى قيد الزواج الذى يلزم لإجرائه الحصول على حكم من جهة الاختصاص : التغيير أو التصحيح فى تاريخ العقد .

وفى إسهادات الطلاق : التغيير أو التصحيح فى وصف الطلاق كأن يثبت المأنون بالإشهاد أن الطلاق رجعى حين أنه بائن أو العكس أو يثبت فيه أن الطلقة أولى فى حين أنها ثانية أو العكس .

وإذا أثبت بالقيود الخاصة بالموليد ، اسم أب أو أم أو جد مثلاً
غير الأب أو الأم أو الجد الحقيقي بأن التغير أو التصحيح فى ذلك
يكون تغييراً فى إثبات للنسب يجب استصدار حكم به من المحكمة
المختصة وهى محكمة الأسرة .
(راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع مجلد ٣ بند
٢٨٩ ص ٥٧٣ ومابعدا) .

مادة (٣٢)

يسرى فى شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة ، فإن لم توجد فالحكام للشرعة الإسلامية .

الشرح

٢٥٠- الأحكام التى تسرى على المفقود والغائب :

تنص المادة على أن يسرى فى شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة، فإن لم توجد فالحكام للشرعة الإسلامية. وعلى ذلك إذا خلا القانون الخاص الذى يسرى على المفقود أو الغائب من حكم حالة معينة تعين الرجوع فى شأنها إلى أحكام الشرعة الإسلامية .

ونعرض فيما يلى لأحكام المفقود ، ثم لأحكام الغائب .

أولاً : أحكام المفقود :

٢٥١- النصوص القانونية :

(أ) المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ :

(مادة ٢١ معلة بالقانونين رقمى ١٠٣ لسنة ١٩٥٨^(١) ، ٣٣ لسنة ١٩٩٢^(٢) .

" يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده .

(١) الجريدة الرسمية فى ٣١/٧/١٩٥٨ العدد (٢١) .

(٢) الجريدة الرسمية فى أول يونية سنة ١٩٩٢ العدد ٢٢ مكرر (ب) .

ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي سنة من تاريخ فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان في طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية .
ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع، بحسب الأحوال، وبعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا في حكم الفقرة السابقة .
ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود .

وفى الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى على ألا تقل عن أربع سنوات ، وذلك بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا ^(١).

(١) وكان نصها قبل تعديلها بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ الآتى :
" يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده .

وأما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى لقاضى وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا " .

وكان نصها قبل تعديلها بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ الآتى :
" يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده على أنه بالنسبة إلى المفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية يصدر وزير الحربية قرارا باعتبارهم موتى بعد مضي الأربع سنوات ، ويقوم هذا القرار مقام الحكم .

(مادة ٢٢ محلة بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨)

بعد الحكم بموت المفقود أو صدور قرار وزير الحربية باعتباره ميتا على الوجه المبين فى المادة السابقة تعد زوجته عدة الوفاة وتنقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو القرار^(١).

(ب) - القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ :

مادة (٧) : ألغيت بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩^(٢).

وأما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة أن كان المفقود حيا أو ميتا .
(١) وكان نصها قبل التعديل الآتى :

" بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة فى المادة السابقة تعد زوجته عدة الوفاة وتنقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم " .
(٢) وكانت تنص على أن :

"إذا كان للمفقود - وهو من انقطع خبره - مال تتفق منه زوجته جاز لها أن ترفع أمرها إلى القاضى، وتبين الجهة التى يظن أنه سار إليها ويمكن أن يكون موجودا بها . وعلى القاضى أن يبلغ الأمر إلى وزارة الحفائية لتجرى البحث عنه بجميع الطرق الممكنة ، فإذا مضت مدة أربع سنين من حين رفع الأمر إلى القاضى ، ولم يعد الزوج ولم يظهر له خبر يعلن القاضى الزوجة فتعد عدة وفاة أربعة أشهر وعشرة أيام ، وبعد انقضاء العدة يحل لها أن تتزوج بغيره " .

مادة (٨) : إذا جاء المفقود أو لم يجرى ، وتبين أن حى فزوجته له ما لم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الأول، فإن تمتع بها الثانى غير عالم بحياته كانت للثانى ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الأول.

٢٥٢- تعريف المفقود^(١):

المفقود لغة المعدم، وشرعا هو الذى انقطعت أخباره ولا يعرف مكانه ولا يعلم حياته ولا موته^(٢).

وقد نظم المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال إدارة أموال الغائب .

فنص على أن تقيم المحكمة وكلاء عن الغائب كامل الأهلية فى الأحوال الآتية متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه . (أولاً) : إذا كن مفقودا لاتعرف حياته أو مماته . (ثانيا) : إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم ، أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج جمهورية مصر واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى إدارتها (م٧٤) . وإذا ترك الغائب وكلاء عاما تحكم المحكمة بنتيبيه متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى وإلا عينت غيره (م٧٥).

(١) الموضوع منقول من مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى الأحوال الشخصية .

(٢) حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٢٩٢ .

وتنتهى الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية باعتباره ميتا (م ٧٦) .

٢٥٢- حالة المفقود قبل الحكم بموته :

يعتبر المفقود حيا باستصحاب الحال التى كان عليها قبل فقده .
والاستصحاب عند علماء الأصول عبارة عن إبقاء ما كان على ما كان من قبل حتى يقوم للدليل على تغيره .

ومسألام القاضى لم يحكم بموت المفقود أو لم يصدر قرار من رئيس مجلس الوزراء أو من وزير الحربية بذلك - فى حالات خاصة سيأتى شرحها - فإنه يعتبر حيا فتبقى أمواله على ملكه وتجب عليه فى ماله النفقة لزوجته مدة فقده ولكل من تجب عليه نفقتهم وتبقى زوجته على عصمته ما لم يحكم القاضى بتطليقها عليه بناء على طلبها بعد مضى سنة فأكثر من غيبته لتضررها من بعده عنها ، أو لعدم إنفاقه عليها وعدم وجود مال ظاهر له يمكن استيفاء نفقتها منه .

ولما كانت حياة المفقود غير محققة بل هى حياة اعتبارية فلا يقرصب على حياته الأحكام التى يشترط فيها تحقق حياة الشخص كالإرث من الغير واستحقاق الوصية . فلا يرث المفقود من غيره ولا يستحق ما أوصى به له ، ولكن للاحتياط ومحافظة على حقوق المفقود يحجز له نصيبه من تركة مورثه المتوفى أثناء فقده ، وما

أوصى به له ، كما لو كان محقق الحياة إلى أن يتبين حاله، فإذا ظهر حيا استحق بالفعل نصيبه فى الإرث وما أوصى به له، وأن حكم القاضى بموته ترتبت على ذلك الأحكام التى سنذكرها فيما بعد. وينبنى على ذلك أنه إذا كان المفقود ممن يحجب للورثة الموجودين وقت الوفاة حجب حرمان، فإنه لا يسلم إليهم شئ، ويوقف توزيع مال التركة كله، أما إذا كان يحجبهم حجب نقصان يعطى لكل واحد منهم الأقل من نصيبه على تقدير حياة المفقود .

وحاصل ما تقدم أن المفقود يعتبر حيا فى حق الأحكام التى تضره وهى المتوقفة على ثبوت موته ، ويعتبر ميتا فيما ينفعه ويضر غيره ، وهو ما يتوقف على حياته .

٢٥٤- متى يحكم بموت المفقود ؟

يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده .

والمقصود بالمفقود الذى يغلب عليه الهلاك المفقود الذى يغيب فى حالة يغلب فيها الظن بموته ، كمن فقد إثر غارة جوية، أو وقوع كارثة حريق أو هدم مسكنه أو محله أو كمن ذهب للصلاة ولم يعد .

ويحكم القاضى فى هذه الحالة بالفقد بعد أربع سنين من تاريخ
الفقد^(١)، وتحتسب هذه المدة طبقا للسنة الهلالية لأنها الأصل فى

(١) وتحديد السنوات الأربع فى المفقود يرجع إلى تشريع لعمر بن الخطاب
ذلك فقد روى أن رجلا استوهته الجن، فأنت امرأته عمر فأمرها أن
تتربص أربع سنين ، ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها ، ثم أمرها
أن تعتد فإذا انقضت عدتها تزوجت ، فإن جاء زوجها خير بين امرأته
والصدق .

وروى مالك فى الموطأ أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال: (لىما
امراة فقدت زوجها فلم تترك أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة
أشهر وعشرا ثم تحل) ، ولأن زوجها منع حقها بالغيبه فيفرق القاضى
بينهما .

وحدد هذه المدة اعتبارا بالإيلاء والعنة ، وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار
منهما الأربع من الإيلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ، فالجامع
بينهما منع الزوج حق المرأة ورفع الضرر عنها ، فإن العنين يفرق بينه
وبين امرأته بعد مضى سنة لرفع الضرر عنها وبين المولى وامرأته بعد
أربعة أشهر لرفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود أظهر من عذر للمولى
والعنين فيتعين فى حقه المئتان فى التربص بأن تجعل السنون مكان
الشهور فتتربص أربع سنين .

وقد روى أن عليا عارض رأى عمر وقال فى امرأة المفقود "هى امرأة
ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق" ومعنى ذلك أن ليس لها أن
تتزوج حتى تستبين موقفه ، وهناك حديث للرسول عليه السلام فى امرأة
المفقود (أنها امرأته حتى يأتيها البيان) وقد روى ابن ليلى أن عمر
رضى الله عنه رجع إلى قول على .

(شرح فتح القدير وشرح العناية على الهداية بهامشه ج٦ طبعة ١٩٧٠
ص ١٤٥ وما بعدها) .

التقويم الشرعى ما لم ينص القانون على العمل بالتقويم الميلادى، ولم يشمل الاستثناء الولد بالمادة ٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هذه الحالة فقد جرت على أن المراد بالسنة فى المواد من (١٢ إلى ١٨) هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوماً^(١).

(١) وفى المذهب الحنفى يحكم بموت المفقود إذا مات لقرائه الذين هم فى سنة أو بلغ من العمر تسعين سنة .

وفى هذا جاء بالمذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن: " الحكم بموت المفقود إذا مات لقرائه أو بلغ من العمر تسعين سنة حسب أحكام مذهب أبى حنيفة الجارى عليها العمل بالمحكم الشرعية أصبح لايتفق الآن مع حالة الرقى التى وصلت فإن التخابط بالبريد والتلغراف والتليفون وانتشار مفوضيات وقنصليات المملكة المصرية فى أنحاء العالم جعل من السهل البحث عن الغائبين غيبة منقطعة (المفقودين) ومعرفة إن كانوا لايزالون على قيد الحياة أولاً فى وقت قصير وقد عانيت الوزارة قبل الآن بأمر زوجة المفقود فوضعت لها أحكاماً فى القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ من مذهب الامام مالك (مادتى ٧، ٨) .

أما أمر ماله فقد ترك على الحالة الجارى عليها العمل بالمحكم ولكن تبين من البحث وجود قضايا كثيرة بالمجالس الحسينية تختص بأموال المفقودين تستدعى الاهتمام والعناية بتصريف أمور هذه الأموال على وجه أصح فقد بلغت هذه القضايا لغاية فبراير سنة ١٩٢٧/١١٦٦ قضية منها ٧٦٧ قضية نقل قيمتها عن مائة جنيه أو مجهولة القيمة ومنها ٣٦ قضية تزيد قيمتها عن ألف جنيه والبقى قيمته بين هذين المقدارين، لهذا رأت الوزارة أن تضع أحكاماً لأموال المفقودين تصلح من الحالة الموجودة الآن وتتناسب مع حالة العصر الحاضر بقدر المستطاع .. الخ " .

أما في الأحوال الأخرى ، والمقصود بها حصول الفقد في حالة يظن معها بقاء المفقود سالما كمن يغيب لطلب العلم أو التجارة أو السياحة ولا يعود فقد فوض النص للقاضي في تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها على ألا تقل عن أربع سنوات، وذلك بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة لمعرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا ولاشك أن القاضي يراعى في تقديره للمدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، سن المفقود حين فقده وحالته الصحية وقت ذلك والظروف والأحوال التي أحاطت بفقده .

ولم يكن النص قبل تعديله بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ يحدد المدة التي يحكم للقاضي بموت المفقود بعدها (أربع سنين على الأقل). ومع هذا فقد ذهبنا مع الفقه وأحكام القضاء إلى أن قيذا منطقيا يرد على سلطة القاضي في هذا الشأن . وهو ألا يحكم بموت المفقود إلا بعد انقضاء أربع سنوات على الأقل على واقعة الغياب، لأن الشارع استوجب ضرورة مرور أربع سنوات على واقعة الفقد لمن غاب في ظروف يغلب فيها الهلاك فيكون التقيد بهذه المدة لمن غاب في ظروف لا يغلب فيها الهلاك أولى^(١).

(١) الدكتور محمد حسان لطفى موجز النظرية العامة للحق طبعة ١٩٨٨ ص ٩٩ - الدكتور عبد الوود يحيى محاضرات في المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق) طبعة ١٩٦٨ - ١٩٦٩ ص ٤١ - الدكتور سليمان مرقس المدخل للعلوم القانونية للطبعة الرابعة ١٩٦١ ص ٥٠٥ .

وبهذا الرأي قضت محكمة شين القناطر الشرعية الجزئية بتاريخ ١٩٣١/١/٢٩ فى الدعوى رقم ٢٠٢ لسنة ١٩٢٠ إذ ذهبت إلى أن :

" من حيث أن هذه الدعوى تضمنت أن هذا المفقود قد خرج لقضاء حاجة قريبة ثم يعود ولم يعد وأنه يغلب عليه الهلاك، وقد قضت المادة الحادية والعشرون من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ للمحاكم الشرعية على أنه يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد تمام أربع سنين من تاريخ فقده وعلى تفويض الأمر إلى القاضى فيما عدا ذلك وهو يتحرى عنه فى جميع الأحوال بالطرق الممكنة، فالمقصود من هذا النص ، أن الحكم بموت المفقود مقيد بمضى هذه المدة فى جميع الأحوال لأن النص قيد فى حالة غلبة الهلاك بمضيها فبالأولى غيرها من الأحوال التى يظن فيها بقاؤه سالما، ولأن هذا النص قد سبق لبيان أن ما كان العمل جاريا عليه قبل هذا القانون لم يعد صالحا للعمل به ولا يتفق مع حالة الرقى التى وصلت إليها طرق المواصلات فى العصر الحاضر لا لما يتوهم من جواز الحكم بوفاة المفقود قبل مضى هذه السنوات الأربع، ويلزم على هذا جواز الحكم بموته بمضى أى مدة على فقده قلت أو كثرت وهذا غير مقصود . بل المراد أن السنوات الأربع هى أقل مدة يحكم فيها بموت المفقود فى جميع الأحوال الخ " .

ولم يكتف المشرع للقضاء بموت المفقود بإثبات موته بالبينة والقرائن ، وإنما أوجب على القاضى التحرى عن المفقود بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة.إن كان حيا أو ميتا ، سواء كانت غيبة المفقود مما يغلب عليه الهلاك فيها، أم كانت مما لا يغلب عليه الهلاك فيها ويدخل فى هذا التحرى، ما يتم من تحريات عن طريق رجال الإدارة ، وكذا ما يسفر عنه استجواب القاضى لأهلية المفقود .

وفى هذا قضت محكمة شبين القناطر الشرعية الجزئية بتاريخ ١٩٣١/١/٢٩ فى الدعوى رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٣٠^(١) بأن :

"ومن حيث إن هذا النص قد تضمن التحرى عن المفقود فى جميع الأحوال زيادة فى الاحتياط والاطمئنان وجعل الإثبات وحده غير كاف للحكم بموته فلا بد من هذا التحرى ، ولايكفى فيه قرار نصب الوكيل عنه لأنه وإن تضمن غيبة المفقود إلى صدور هذا التوكيل ولكنه لم يتناول ما وراء ذلك من مشتملات مثل هذه الدعوى، كاستمرار الفقد وانقطاع الغيبة والأخبار وخفاء الآثار وعدم العودة والخروج لجهة قريبة أو بعيدة يغلب فيها الهلاك أو يظن فيها البقاء وما إلى ذلك لأنه وإن كان الأصل بقاء ما كان على

(١) منشور بمؤلف المستشار أحمد نصر الجندى مبداى القضاء فى الأحوال الشخصية ص ٩٩٦ ومابعدهما .

ما كان ما لم يتبين خلافه ، ولكن هذا خاص بما كان من مشتملات هذا الأصل عند من يعول على هذا الأصل وقرار الوكالة لم يشمل غير ما وضع له باعتبار وصفه العتواني وهو كونه قرارا بنصب وكيل عن هذا الغائب فلا يتعدى هذا غير ما نص عليه فيه مما اشتملت عليه هذه الدعوى ، فلا بد من إجراء التحرى بعد الإثبات عند الحكم بموته حتى لا يكون للشك مجال لأنه أمر محتمل فمتى انضم إليه التحرى حصل الاطمئنان الكافى الخ " .

فإذا غلب على ظن للقاضى بعد ذلك موته قضى بموته إذا طلبت ذلك زوجته أو أحد من ورثته أو غريمه .

ويسرى هذا الحكم على المفقودين من أفراد القوات المسلحة فى غير العمليات الحربية .

وقد أخذ القانون بمذهب الإمام أحمد بن حنبل فى الحالة الأولى، ويقول صحيح فى مذهبه ومذهب الإمام أبى حنيفة فى الحالة الثانية.

وقد جاء بالمنكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة

١٩٢٩ ما يأتى :

" ... ولما كان بعض المفقودين يفقد فى حالة يظن معها موته كمن يخرج لقضاء حاجة قريبة ثم لا يعود أو يفقد فى ميدان القتال والبعض يفقد فى حالة يظن معها بقاءه سالما كمن يغيب للتجارة أو طلب العلم أو سياحة ثم لا يعود رأت للوزارة الأخذ بمذهب الأمام أحمد بن حنبل فى الحالة الأولى ويقول صحيح فى مذهبه ومذهب

الإمام أبى حنيفة فى الحالة الثانية- فى الحالة الأولى ينتظر إلى تمام أربع سنين من حين فقده فإذا لم يعد وبحث عنه فلم يوجد اعتدت زوجته عدة للوفاة وحلت للأزواج بعدها وقسم ما له بين ورثته وفى الحالة الثانية يفوض أمر تقدير المدة التى يعيش بعدها المفقود إلى القاضى فإذا بحث فى مظان وجوده بكل الطرق الممكنة وتحرى عنه بما يوصل إلى معرفة حاله فلم يجده وتبين أن مثله لايعيش إلى هذا الوقت حكم بموته " .

ويراعى أنه إذا كان هناك دليل قاطع على وفاة المفقود قبل انقضاء مدة أربع سنوات فإن شخصية المفقود تنتهى بالموت الحقيقى لا الحكمى ولا يكون هناك ضرورة لاستصدار الحكم .

٢٥٥- المفقودون الذين كانوا على ظهر سفينة غرقت أو فى طائرة سقطت أو من أفراد القوات المسلحة الذين فقدوا أثناء العمليات الحربية :

المفقودون الذين يثبت أنهم كانوا على ظهر سفينة غرقت أو فى طائرة سقطت أو من أفراد القوات المسلحة الذين فقدوا أثناء العمليات الحربية ، كانوا قبل العمل بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ يخضعون للحكم الولرد بالمادة (٢١) بالنسبة للمفقود الذى يغلب عليه الهلاك، فكان يصدر حكم من القضاء بموتهم بعد فوات مدة أربع سنين على تاريخ قتلهم ، عدا المفقودين من أفراد القوات المسلحة

أثناء العمليات الحربية فكان وزير الحربية يصدر قرارا باعتبارهم
موتى بعد مضى السنوات الأربع ، ويقوم هذا القرار مقام الحكم .
غير أن القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ استثنى هؤلاء من هذا
الحكم العام ونص على اعتبار كل منهم ميتا بعد مضى سنة من
تاريخ فقده .

فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢١ بعد تعديلها بالقانون
المذكور على أن : " ويعتبر المفقود ميتا بعد مضى سنة من تاريخ
فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت ، أو كان
فى طائرة سقطت ، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء
العمليات الحربية " .

كما نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢١ بعد تعديلها بالقانون
المذكور على أن :

" ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع، بحسب
الأحوال، وبعد التحرى واستظهار القرائن التى يغلب معها للهلاك،
قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا فى حكم الفقرة السابقة.
ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود " .

وواضح من النص أنه يشترط لصدور قرار رئيس مجلس
الوزراء أو وزير الدفاع باعتبار المفقود ميتا ما يأتى :

١- أن يثبت أن المفقود كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان في طائرة سقطت ، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية .

فإذا كان المفقود يستقل قطارا أو سيارة مثلا وتهشم القطار أو تهشم السيارة ، أو كان المفقود من أفراد القوات المسلحة وفقد في غير العمليات الحربية فإنه لابد من صدور حكم من القاضي .

٢- أن يمضى على الفقد مدة سنة هجرية .

٣- أن يقوم رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع- بحسب الأحوال- بالتحري واستظهار القرائن التي يوجب معها الهلاك .

وقد قضت المادة الثانية من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ على أن: "تسرى أحكام هذا القانون على من سبق فقده في أى من الحالات الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٢١ ومضى على فقده سنة على الأقل في تاريخ العمل بهذا القانون " .

وهذا القانون عمل به اعتبار من اليوم التالى لتاريخ نشره (م٤)، وقد نشر القانون بتاريخ ١٩٩٢/٦/١ .

وقد حدا الشارع إلى إدخال التعديل السابق- على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢- أنه لما كان المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يجيز الحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك ولو لم يتحقق موته يقينا ، وحدد لغلبة

الاعتقاد بموته مضى أربع سنوات من تاريخ فقده، وإذا كانت هذه المدة لازمة للاستيثاق من الهلاك فى الأحوال التى يكون الهلاك فيها ظنيا بما يتطلب لترجيحه مضى تلك المدة دون ظهور المفقود، إلا أنه فى أحوال الفقد فى عرض البحر نتيجة حادث غرق سفينة أو سقوط طائيرة ، يكون الهلاك شبه مؤكد إذا لم تسفر إجراءات البحث بالوسائل الحديثة على العثور على المفقودين أحياء أو على جثثهم خلال بضعة أسابيع ، لاستبعاد أن يظل من نجا حيا مجهول النجاة فى أى موقع لمدة طويلة رغم وسائل الاتصال الحديثة ، ولتعزيز العثور على الجثث صالحة للتعرف على أصحابها بعد مضى بضعة أسابيع على الغرق نظرا لسرعة تحللها فى المياه المالحة فضلا عن تعرضها للأسماك المفترسة .

- لذلك قد لا يكون من الملائم فى مثل هذه الأحوال انتظار تلك المدة الطويلة للاعتقاد بغلبة الهلاك لمن لم يعثر عليه حيا أو جثته ظاهرة المعالم المحددة لأسمه .

- ولما كان هذا النوع من الحوادث قد كثر فى الآونة الأخيرة تبعا لازدياد حركة السفن بحرا وجوا ، فقد أصبح من اللعت بذوى المفقود من الركاب أو الطاقم انتظار المدة المشار إليها كى يتقرر الحكم بموته لتبدأ حينئذ آثار اعتباره ميتا ، إذ تظل الزوجة معلقة على نمته منذ فقده حتى يحكم بموته ، كما أن تركته تظل دون

استحقاق للورثة لها بل وقد يؤدي موت أحدهم خلال تلك المدة إلى حرمانه من الإرث وبالتالي حرمان ورثته ، كما يتعطل حق المتضررين بموته في اقتضاء التعويضات الناشئة عن ذلك ، فضلا عن أنه حتى بعد مضي المدة المشار إليها ، يستلزم الحصول على حكم بموت المفقود إجراءات تستغرق من الوقت والجهد والمال ما يضيف إلى نوى المفقود أعباء وامتدادا للأضرار التي تلحق بهم، كل ذلك في أحوال لا يتطلب الاستيثاق من غلبة هلاك المفقود مضي هذا الوقت الطويل وإنما يكفي لهذا الاستيثاق مضي بضعة أسابيع على ما سلف بيانه .

- ولما كان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية قد ركن في مادتيه ٢١، ٢٢ إلى ما نص عليه فقهاء مذهب الإمام أبي حنيفة من تصحيح تقويض تقدير المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود إلى رأى الإمام (ولى الأمر) وهذا قزيب من فقه مذهب الإمام الشافعى فى الجديد، كما أن مذهب الإمام مالك قد نص فى بعض صور الفقد على أنه بعد البحث والتحرى يضرب للمفقود أجل سنة . فقد روى الأخذ فى مشروع هذا القانون بهذه الآراء المصححة فى مذاهب هؤلاء الأئمة .

- ومن ثم وتيسيرا على أسر هؤلاء المفقودين أعد مشروع القانون المرافق وهو يقضى فى مادته الأولى باعتبار من ثبت أنه

كان على ظهر سفينة أو طائرة وفقد نتيجة غرقها أو سقوطها في البحر ميتا متى مضى على فقده سنة من تاريخ الفقد .
وهذا التعديل قصد به التيسير على أسر المفقودين من الطوائف المستثناة على ما أوضحناه سلفا ، ومن ثم فإنه لا يحول بينهم وبين اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم باعتبار المفقود ميتا إذا شاعوا، ولا يكون للمحكمة القضاء بعدم اختصاصها بنظر الدعوى^(١).

(١) من هذا الرأي كمال البنا في مرافعات الأحوال الشخصية للولاية على النفس الطبعة الأولى ١٩٨٧- وعكس ذلك الدكتور محمد حسام لطفي - موجز النظرية العامة للحق ١٩٨٨ ص ٩٨ .
وكان نص المادة ٢١ كما صدرت بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده، ولو كان المفقود من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية إلى أن صدر القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ وعُدل المادتين ٢١، ٢٢ من المرسوم بقانون ، ومقتضى هذا التعديل أنه إذا كان المفقود من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية فإنه يصدر قرار من وزير الحربية باعتباره ميتا بعد مضي الأربع سنوات ويقوم هذا القرار مقام الحكم . وعلى ذلك يشترط لصدور قرار وزير الحربية باعتبار المفقود ميتا توفر ثلاثة شروط :

الأول : أن يكون المفقود من أفراد القوات المسلحة .
الثاني: أن يكون الفقد أثناء العمليات الحربية فإذا كان الفقد في غير حالة العمليات الحربية فإنه لا بد من صدور حكم من القاضي باعتبار المفقود ميتا .

الثالث: أن يمضي على الفقد مدة أربع سنين .

والحكمة من هذا التعديل ، التيسير على أسر المفقودين من أفراد القوات المسلحة ، ودرء ما ينتابهم من أسى ولوعة حال سيرهم فى الإجراءات القضائية وفى هذا جاء بالذكر الإيضاحية للقانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٥٨ أنه :

" لما كانت إجراءات التقاضى حتى صدور الحكم تستوجب تكليف زوجات المفقودين وورثتهم الانتقال إلى ساحات المحاكم وفى ذلك بالنسبة إليهم ما فيه من جهد مادى فضلا عما ينجم عنه من أسى ولوعة وإثارة شجون كامنة فى قلوبهم لذلك رأت وزارة الحربية توفير إجراءات التقاضى على ورثة المفقودين من أفراد القوات المسلحة والاكتفاء بصور قرار من وزير الحربية باعتبار هؤلاء المفقودين موتى بعد مضى الأربع سنوات من تاريخ فقده " .

ولما صدر القرار بقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ (المنشور بالجريدة الرسمية فى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤ - للعدد ٦٩) فى شأن المعاشات والمكافآت والتأمين والتعويض للقوات المسلحة ، نص فى المادة ٣٨ منه على أن : " يعتبر المفقود فى حكم المستشهد فى العمليات الحربية أو المتوفى بسبب الخدمة حسب الأحوال إذا انقضت أربع سنوات من تاريخ فقده دون أن تثبت وفاته رسميا أو وجوده على قيد الحياة .

وفى هذه الحالة واستثناء من القواعد العامة يصدر قرار من نائب القائد الأعلى للقوات المسلحة باعتبار المفقودين فى العمليات الحربية أو أثناء الخدمة مستشهدين فى العمليات الحربية أو متوفين بحسب الأحوال من تاريخ فقدهم ، لا من تاريخ القرار الصادر باعتبارهم مستشهدين أو متوفين .

وقد ذكرنا فى طبعات سابقة على الطبعة الأخيرة من مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى الأحوال الشخصية ، أن الاستثناء للوارد بالنص - فى رأينا - يقتصر نطاقه على تطبيق الأحكام الواردة بالقرار بقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ فى شأن المعاشات والمكافآت والتأمين

والتعويض للقوات المسلحة وقد أيدنا هذا الرأي بأن المادة الأولى من مواد إصدار القرار بقانون نصت على أن "يُعمل فيما يتعلق بالمعاشات والمكافآت والتأمين والتعويض والمنح للمذكورين بهذا القانون بالأحكام المرافقة"، وأن المادة ٣٨ سالفة الذكر قد ساوت في الاستثناء المذكور بين من يفقد في العمليات الحربية، وبين من يفقد بسبب الخدمة، وأن القرار بقانون لم يشر في ديباجته إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وأن معظم التشريعات التي أشارت إليها تتعلق بالموضوع الذي ينظمه.

ولما صدر القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ ونص في المادة الثالثة منه على أن :
" تحل المدة المنصوص عليها في المادة ٣٨ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة الصادر بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ إلى سنة من تاريخ الفقد " - وجاء بمذكرته الإيضاحية عن هذه المادة أنه:
" لما كانت المادة ١/٢١ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمادة ٣٨ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ تقضيان بعدم اعتبار المفقود من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية ميتا إلا بعد مضي أربع سنوات من تاريخ فقده، لذلك استلزم التمسيق بين ما قضت به المادة من المشروع من اعتبار المفقود في حادث غرق السفينة أو سقوط طائزرة في البحر ميتا إذا كان قد مضى على فقده سنة أن يضمن للمشروع حكما بالنسبة لأفراد القوات المسلحة الذين يفقدون أثناء العمليات الحربية يقضى بتعديل المدة المنصوص عليها في القانونين المشار إليهما إلى سنة من تاريخ الفقد ".

٢٥٦- آثار الحكم بموت المفقود أو صدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا :

المفقود لا يعتبر ميتا إلا حين الحكم بموته أو من تاريخ صدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا فى الحالات التى أوردناها فيما تقدم ^(١).

ويترتب على الحكم بموت المفقود أو صدور القرار باعتباره ميتا - حسب الأحوال - أن تعد زوجة المفقود عدة الوفاة، وهى أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى : (وَالَّذِينَ يَتَّقُونَ مِنكُمُ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ) .

وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو القرار، لأنه لما كان الموت يكون من وقت الحكم، فإنه لا يرث أمواله التى كانت ثابتة له من وقت غيبته ونمائها إلا ورثته الموجودين وقت الحكم، أما الذين ماتوا قبل ذلك فإنهم لا يرثون فيه ، لأن فرض الحياة كان قائما .

(١) وقضى بأن : "المفقود لا يعتبر ميتا إلا حين الحكم بموته، والراجع من مذهب الإمام أبى حنيفة أنه لا بد من حكم القاضى بموته، وأنه من تاريخ الحكم بموته تعد زوجته عدة الوفاة ويستحق تركته ورثته الموجودون وقت الحكم بموته ، وقد رتبته المادة ٢٢ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ أحكام المفقود على الحكم بموته بعد المدة كما هو مبين فى المادة نمرة ٢١ .
(شهر الخيت الشرعية الجزئية بتاريخ ١٩٢٩/١١/٣٠ فى الدعوى رقم ٤ لسنة ١٩٢٩) .

لما الأموال التي يمكن أن يكتسبها بإرث أو وصية أو هبة لو لم يكن مفقودا ، فإن الحكم بالوفاة يثبت بالنسبة لها من وقت الفقد، أي أنه يعتبر بالنسبة لها ميتا من وقت الغياب ، لأن حياته ثابتة باستصحاب الحال ، واستصحاب الحال يصلح سببا لإبقاء الحقوق الثابتة ، ولا يصلح سببا لاكتساب حقوق جديدة ، وعلى ذلك إذا مات له قريب يرث منه قبل الحكم بموته فإن حقه في الميراث يستمر موقوفا ، حتى يحكم القاضي بموته أو يحضر ، فإن حضر أخذه ، وإن حكم القاضي بموته وزع ذلك الموقوف على ورثة ذلك القريب باعتبار أن المفقود كان ميتا وقت وفاة ذلك القريب^(١) .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون ما يأتي :

" لما كان الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة أنه لا بد من حكم القاضي بموت المفقود وأنه من تاريخ الحكم بموته تعد زوجته عدة الوفاة ويستحق تركته وورثته الموجودون دون وقته رضى الأخذ بمذهبه في الحاليتين لأنه أضبط وأصلح لنظام العمل في القضاء. لهذا وضعت المادتان الحادية والعشرون والثانية والعشرون من هذا المشروع ."

وغنى عن البيان أن الآثار المتقدمة تترتب من تاريخ الحكم النهائي، والحكم يكون نهائيا إذا كان لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية (الاستئناف الآن فقط)، إما لفوات ميعاد الطعن أو لاستنفاده .

(١) الأستاذ محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية قسم للزواج ص ٥٠٣ -
الأستاذ عمر عبد الله وأحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية
طبعة ١٩٦٨ ص ٧٢٣ .

والحكم كما هو واضح ذات طبيعة منشئة وليست كاشفة أو مقررّة .

والملاحظ أن المرسوم بقانون لم يفرق في الأحكام بين للزوجات والأموال، لأنه لا يصح أن يفرض لشخص حالان متناقضان فيفرض حياته في حالة ويفرض موته في أخرى فيفرض حياته بالنسبة لأمواله ، ويفرض موته بالنسبة لزوجته وتعدّد عدة الوفاة ، كما هو مذهب مالك والذي كان عليه العمل بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

ظهور المفقود حيا :

إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته أو صدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا - بحسب الأحوال - سواء جاء المفقود أو لم يجرى ، فإنه يترتب على ذلك الآثار الآتية :

٢٥٧- (أ) بالنسبة لزوجّة المفقود :

إذا كانت زوجة المفقود لم تتزوج بغيره بعد الحكم بموته أو صدور قرار رئيس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا فهي له من غير حاجة إلى عقد جديد .

وإن كانت قد تزوجت بغيره بعد الحكم أو صدور القرار بعد انقضاء عدتها منه ولم يدخل بها ، فإنها تعود إلى المفقود لأن زوجيته قائمة . وتبين أن الأساس الذي قام عليه الحكم أو القرار كان باطلا فتعود إليه .

فإذا كان قد دخل بها وكان حسن النية بل أن لم يثبت أنه كان يعلم بحياة المفقود وقت العقد أو قبل الدخول بها فإن الزوجة تكون للثاني، لأنه تزوجها بعقد شرعى بناء على حكم قضائى أو قرار صادر من المختص بذلك ، وقد دخل بها بمقتضى ذلك العقد الذى بنى على أسس صحيحة فى الظاهر فتكون له ولا يفسخ العقد .

أما إذا كان قد دخل بها ، وثبت أنه سئ النية بأن كان يعلم بحياة المفقود وقت العقد أو قبل الدخول بها فإنها تكون للمفقود . وهذا رأى لمالك ، هو آخر آرائه وقد قاله قبل وفاته بسنة ، ورأيه قبل ذلك أنها تكون للثاني سواء أدخل بها أم لم يدخل^(١).

٢٥٨- (ب) بالنسبة لأموال المفقود :

يسترد المفقود الموجود من أمواله فى يد ورثته، وكذا الموجود مما كان محجوزا له من إرث ووصية ورد إلى ورثة المورث أو الموصى بعد الحكم بموته أو صدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا .

أما ما خرج من أيديهم وتصرفوا فيه بالبيع ونحوه ، وكذا ما هلك أو استهلك ، فلا يرجع عليهم بقيمته أو بمثله ، لأن تصرفهم فيه كان بناء على حكم قضائى سليم ، أو قرار من المختص بذلك ، فلا ضمان عليهم ولا على من تلقوا الملك عنهم .

(١) محمد أبو زهرة ص ٥٠٤ .

٢٥٩- إيجاب اختصاص وكيل المفقود في دعوى موته :

إذا أقيمت الدعوى بموت المفقود من زوجته أو أحد ورثته أو غريمه وجب على المدعى اختصاص وكيل المفقود، فإن لم يكن له وكيل يختصم من ينصبه القاضى لذلك ، وذلك لكى تقبل عليه البينة لإثبات موته .

وعلى هذا نصت المادة (٥٨١) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا إذ جرت على أن : " إذا ادعت زوجة المفقود موته أو ادعاء الورثة أو غيرهم من أرباب الحقوق وأقيمت البينة على ذلك يجعل القاضى الوكيل الذى بيده مال المفقود خصما عنه وإن لم يكن له وكيل ينصب له قيما تقبل عليه البينة لإثبات دعوى موته " (١).

ويتزنب على مخالفة هذا الحكم للقضاء بعدم قبول الدعوى .

(١) وقد جاء بتطوير الأبصار وشرحه الدر المختار: " وطريق قبول البينة أن يجعل القاضى من فى يده المال خصما عنه أو ينصب عليه قيما تقبل عليه البينة " وقد علق ابن عابدين على عبارة " أو ينصب عليه قيما " بقوله " أى إذا لم يكن له وكيل يحفظ ماله ينصب عنه مسخرا لإثبات دعوى موته من زوجته أو أحد ورثته أو غريمه " .

(راجع حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٢٩٧ - أيضا مغاغة الشرعية الجزئية بتاريخ ٢٧/٣/١٩٤٦ فى الدعوى رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٤٥)

٢٦٠- المحكمة المختصة بنظر دعوى موت المفقود :

كانت المحكمة الابتدائية هي المختصة نوعيا بنظر دعوى موت المفقود عملا بالفقرة الأولى من المادة العاشرة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية التى تجرى على أن : "تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التى لا تدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية ، ودعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة به " ، إذ لم يرد ضمن المسائل المنصوص عليها بالمادة التاسعة من القانون والتى تختص المحكمة الجزئية نوعيا بنظرها دعوى موت المفقود ، ومن ثم تضحى الدعوى من اختصاص المحكمة الابتدائية . ولما صدر القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بإنشاء محاكم الأسرة، أصبحت محكمة الأسرة هي المختصة نوعيا بنظر الدعوى وتختص بنظر الدعوى محليا المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه ، فإن لم يكن له موطن فى مصر تختص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى.

وإذا تعدد المدعى عليهم ، كان الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم . (م ١٥ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) .

٢٦١- ثانيا : أحكام الغائب :

رأينا أن المادة تنص على أن تسرى في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة ، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية .

وأول ما يجب ملاحظته هو أن القانون يفرق بين المفقود والغائب وذلك على خلاف أحكام الشريعة الإسلامية (المذهب الخنفي) حيث لا فرق عند الأحناف بين الغائب والمفقود .

إذ يقصد بالغائب كل من هجر موطنه وماله راضيا أو مرغما ولو كانت حياته محققة وذلك متى حالت ظروف قاهرة دون إدارة شئونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة وترتب على ذلك أن تعطلت مصالحه أو مصالح غيره .

أما المفقود فهو كل غائب لاتعرف حياته أو وفاته^(١).

وعلى ذلك فكل مفقود غائب ، ولكن لايعتبر كل غائب مفقودا^(٢).

وينظم أحكام الغائب المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال ، في الفصل الثالث من الباب الثاني منه .
فتنص المادة ٧٤ من القانون على أن :

(١) أحمد سلامة ص ٤٠ .

(٢) عبد الحى حجازى ص ١٢٣ هامش (١) - أحمد سلامة ص ٤٠ .

"تقديم المحكمة وكيلًا عن الغائب كامل الأهلية في الأحوال الآتية متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه.

أولاً : إذا كان مفقوداً لا تعرف حياته أو مماته .

ثانياً : إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج جمهورية مصر ، واستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من ينييه في إدارتها .

وتنص المادة (٧٥) على أنه : " إذا ترك الغائب وكيلًا عاما تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصى وإلا عينت غيره " .

كما تنص المادة (٧٦) على أن : " تنتهى الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية المختصة باعتباره ميتاً " .

وقد أورد القانون في الباب الثالثة منه - الفصل الأول - أحكاماً مشتركة في الوصاية والقوامة والغيبة .

ومن هذه الأحكام :

١- ما تنص عليه المادة (٧٨) من أنه يسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين والأحكام المقررة في شأن الوصاية على القصر ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة في شأن الأوصياء .

٢- ما تنص عليه المادة (٧٩) من أنه يسرى في شأن قسمة
مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى في شأن قسمة القاصر من
أحكام:

٣- ما تنص عليه المادة (٨٧) من أن الأحكام الواردة بشأن
الجزاءات في المواد (٨٤ - ٨٦) تسرى على الوكيل عن الغائب.
٤- ما تنص عليه المادة ٨٨ من أن :

" يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على مائة
جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل وصى أو قيم أو وكيل انتهت
نيابته إذا كان بقصد الإساءة قد امتنع عن تسليم أموال القاصر أو
المحجور عليه أو الغائب أو أوراقه لمن حل محله في الوصية أو
القوامة أو الوكالة ، وذلك ما لم ينص القانون على عقوبة أشد" .

مادة (٣٣)

الجنسية المصرية ينظمها قانون خاص .

الشرح

٢٦٢- المقصود بالجنسية :

الجنسية وصف فى الشخص يفيد قيام رابطة بينه وبين دولة معينة .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" الجنسية هى رابطة أصيلة بين الدولة والفرد يحكم القانون نشأتها وزوالها ويحدد آثارها ويقوم فى الأصل مع فكرة الولاء للدولة فتميز بطابعها السياسى وتنشئها الدولة بإرادتها المنفردة التى يتعين تطبيقها لتحديد من يعتبر متمتعاً بها أو خارجاً عن دائرة مواطنيها " .

(القضية رقم ٨ لسنة ٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٢/٣/٧)

وتحديد جنسية الشخص ينطوى على أهمية بالغة بالنسبة إلى الحقوق السياسية التى يتمتع بها الوطنيون دون الأجانب .

وكذلك بالنسبة إلى بعض الحقوق العامة التى تقتصر على الوطنيين ، كعدم جواز إبعاد وطنى عن أراضى الدولة .

كما أن الأجنبى يخضع فى إقامته لشروط معينة يحددها

القانون.

كذلك الجنسية أهميتها في حل مسائل تنازع القوانين عند تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص كما رأينا سلفا . إذ يتوقف عليها أحيانا معرفة المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق في القضية ذات العنصر الأجنبي . والأجنبي في مصر كما في معظم الدول يخضع في أحواله الشخصية لحكم قانون جنسيته .

وتحدد الجنسية إما على أساس النسب ، وهو ما يقال له حق الدم ، وبه يأخذ الولد جنسية أبيه ، وإما على أساس محل الميلاد وهو ما يقال له حق الإقليم ، وبه يكسب من يولد على إقليم معين جنسيته .

والغالب أن يجمع المشرع بين الطريقتين بنسبة تختلف باختلاف البلاد . وقد يكسب الشخص الجنسية بالتجنس إذا توافرت فيه الشروط التي ينص عليها قانون الدولة لكسب جنسيتها . وذلك عندما يرغب الشخص في تغيير جنسيته الأصلية واكتساب جنسية أخرى^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" كل شخص طبيعي ينتمى إلى جنسية معينة . فالجنسية المصرية هي التي ينتمى إليها كل مصرى سواء أقام في مصر أو

(١) محمد على عرفه ص ٣٠٦ وما بعدها - عبد المنعم الصده في نظرية الحق ص ٧٣ وما بعدها .

لم يرقم، ويلاحظ أن الأشخاص الذين ثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول ، يعتبرون مصريين في نظر القانون المصري والمحاكم المصرية وتتغلب بذلك الجنسية المصرية على الجنسيات الأجنبية (أنظر م ٥٥ فقرة ، من المشروع) " (١).

٢٦٢- تنظيم الجنسية في القانون المصري :

لم ينظم القانون المدني الجنسية ، وإنما أشار في المادة (٣٣) إلى أن الجنسية المصرية ينظمها قانون خاص. ولم يكن لهذا النص مقابل في التقنين المدني القديم ولكن كان يقابلها المادة ٢ من الدستور ونصها " الجنسية المصرية يحددها القانون " .

وقد بدأ تنظيم الجنسية المصرية بالقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩ ومن بعده القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ ثم القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم جنسية الجمهورية العربية المتحدة ، وأخيرا صدر القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية .

وقد أخذ القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ أساسا بحق الدم في منح الجنسية ، فكل من ولد لأب مصري يأخذ هذه الجنسية بمستوى في هذا أن يكون قد ولد في جمهورية مصر أم في الخارج (م ١/٢) فجنسية الأب تثبت للابن الشرعي . إلا أن القانون قد أخذ بحق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٣٠ وما بعدها .

الإقليم في حالات معينة فمنح الجنسية لكل من يولد على إقليم مصر من أم مصرية ومن أب مجهول الجنسية أو لا جنسية له، ومن ولد في مصر من أم مصرية ولم تثبت نسبته إلى أبيه قانونا وهذا هو الولد الطبيعي ومن ولد في مصر من أبوين مجهولين ، ويعتبر اللقيط مولودا فيها ما لم يثبت العكس (م ٢/٢، ٣، ٤) .

ولما صدر القانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥^(١) عدل المادة الثانية من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ فنصت على أن يكون مصرية من ولد لأب مصري أو لأم مصرية . فأصبحت الجنسية المصرية تمنح لكل من ولد لأم مصرية .

-
- (١) الجريدة الرسمية العدد ٣٨ مكررا (أ) في ١٤ يولية سنة ٢٠٠٤ -
وعمل به اعتبارا من اليوم التالي لتاريخ نشره (م ٤ من القانون) -
ونشر القانون المذكور فيما يلي :

قانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤

**بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥
بشأن الجنسية المصرية**

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتي نصه ، وقد أصدرناه :

(المادة الأولى)

يستبدل بنص المادة (٢) من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية المصرية ، النص الآتي :

مادة (٢) :

يكون مصرياً :

- ١- من ولد لأب مصري ، أو لأم مصرية .
 - ٢- من ولد في مصر من أبوين مجهولين . ويعتبر اللقبط في مصر مولوداً فيها ما لم يثبت العكس .
- ويكون لمن تثبت له جنسية أجنبية إلى جانب الجنسية المصرية إعمالاً لأحكام الفقرة السابقة ، أن يعلن وزير الداخلية برغبته في التخلي عن الجنسية المصرية ، ويكون إعلان هذه الرغبة بالنسبة للقاصر من نائبه القانوني أو من الأم أو متولى التربية في حالة عدم وجود أيهما .
- وللقاصر الذي زالت عنه الجنسية المصرية تطبيقاً لحكم الفقرة السابقة، أن يعلن برغبته في استردادها خلال المدة التالية لبلوغه من الرشد .
- ويصدر بالإجراءات والمواعيد التي تتبع في تنفيذ أحكام الفقرتين السابقتين قرار من وزير الداخلية ، ويكون البت في زوال الجنسية المصرية بالتخلي أو ردها إعمالاً لهذه الأحكام ، بقرار منه .

(المادة الثانية)

يلغى نص المادة (٣) من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ المشار إليه .

(المادة الثالثة)

يكون لمن ولد لأم مصرية وأب غير مصري قبل تاريخ العمل بهذا القانون، أن يعلن وزير الداخلية برغبته في التمتع بالجنسية المصرية، ويعتبر مصرياً بصور قرار بذلك من الوزير ، أو بانقضاء مدة سنة من تاريخ الإعلان دون صدور قرار مسبب منه بالرفض .

ويترتب على التمتع بالجنسية المصرية تطبيقاً لحكم الفقرة السابقة تمتع الأولاد القصر بهذه الجنسية ، أما الأولاد البالغون فيكون تمتعهم بهذه الجنسية باتباع ذات الإجراءات السابقة .

فإذا توفي من ولد لأم مصرية وأب غير مصري قبل تاريخ العمل بهذا القانون. يكون لأولاده حق التمتع بالجنسية وفقاً لأحكام الفقرتين السابقتين.

والجنسية التى تكتسب فى الحالات السابقة تسمى الجنسية الأصلية لأنها تثبت بال ميلاد.

كما أخذ القانون بالجنسية المكتسبة أو اللاحقة ، إذ نصت للمادة السابعة من القانون على أن : " لا تكتسب الأجنبية التى تتزوج من مصرى جنسيته بالزواج إلا إذا أعلنت وزير الداخلية برغبتها فى ذلك ولم تنته الزوجية قبل انقضاء سنتين من تاريخ الإعلان لغير وفاة الزوج ، ويجوز لوزير الداخلية بقرار مسبب قبل فوات مدة السنتين حرمان الزوجة من اكتساب الجنسية المصرية " .

ولم يساوى المشرع بين الجنسية الأصلية والجنسية المكتسبة عندما نصت المادة التاسعة منه على أن : " لا يكون للأجنبى الذى اكتسب الجنسية المصرية طبقاً للمواد ٣ ، ٤ ، ٦ ، ٧ حق التمتع بمباشرة الحقوق السياسية قبل انقضاء خمس سنوات من تاريخ

وفى جميع الأحوال ، يكون إعلان الرغبة فى التمتع بالجنسية المصرية بالنسبة للقاصر من نائبه القانونى أو من الأم أو متولى التربية فى حالة عدم وجود أيهما .

(المادة الرابعة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به اعتباراً من اليوم التالى لتاريخ نشره .

صدر برئاسة الجمهورية فى ٢٦ جمادى الأولى سنة ١٤٣٥ هـ (الموافق ١٤ يولية سنة ٢٠١٤ م) .

حسنى مبارك

اكتسابه لهذه الجنسية ، كما لايجوز انتخابه أو تعيينه عضواً فى أية هيئة نيابية قبل عشر سنوات من التاريخ المذكور ، ومع ذلك يجوز بقرار من رئيس الجمهورية الإغفاء من القيد الأول أو من القيدين المذكورين معا .

ويجوز بقرار من وزير الداخلية أن يعفى من القيد الأول أو من القيدين المذكورين معا من انضم إلى القوات المصرية للمحاربة وحارب فى صفوفها .

ويعفى من هذين القيدين أفراد الطوائف الدينية المصرية فيما يتعلق بمباشرة حقوقهم فى انتخاب المجالس المحلية التى يتبعونها وعضويتهم .

٢٦٤- إثبات الجنسية :

تنص المادة ٢٤ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ على أن :
"يقع عبء إثبات الجنسية على من يتمسك بالجنسية المصرية أو ينفع بعدم دخوله فيها " .

فإذا كان الشخص يدعى تمتعه بالجنسية المصرية كان عليه عبء إثبات تمتعه بهذه الجنسية ، وإذا كان يدعى عدم دخوله فى هذه الجنسية وقع عليه أيضا عبء إثبات ذلك .

وتنص المادة ٢١ من القانون على أن : "يعطى وزير الداخلية كل ذى شأن بالجنسية المصرية مقابل أداء رسم لايجاوز خمسة

جنسيات وذلك بعد التحقق من ثبوت الجنسية ، ويصدر بتحديد الرسم قرار من وزير الداخلية ويكون لهذه الشهادة حجيتها القانونية ما لم تلغ بقرار مسبب من وزير الداخلية ويجب أن تعطى هذه الشهادة لطالبيها خلال سنة على الأكثر من تاريخ تقديم الطلب ، ويعتبر الامتناع عن إعطائها في الميعاد المذكور رفضا للطلب .

إلا أنه يجوز لصاحب المصلحة إثبات ما يناقض ما جاء بهذه الشهادة . ويخضع الأمر في النهاية لتقدير محكمة الموضوع .

وقد قضت محكمة النقض - بصدد إثبات الجنسية - بأن :

١ - " تثبت الجنسية بالشهادات الرسمية التي تصدر من السلطة المحلية أو السلطات الأجنبية المختصة . وتعتبر ذلك دليلا أوليا لإثبات الجنسية ما لم يظهر ما يناقضها إذا أنها تصدر من واقع سجلات ولا تعطى إلا بعد أن تكون السلطة التي أعطتها قد قامت بعمل التحريات اللازمة للتأكد من صحة ما جاء بها ولا يتعارض هذا مع نص المادة ٢٢ من قانون الجنسية ذلك أن المقصود بهذه المادة هو وضع قرينة تخفف على وزير الداخلية وبالتالي على القضاء مهمة الفصل في مسائل الجنسية ولكنها قرينة تقوم على الافتراض وتسقط متى ثبتت الجنسية على وجه قانوني ظاهر . وإن فمضى كان الحكم قد استند في إثبات جنسية أحد الرعايا اليونانيين قبل وفاته إلى شهادة صادرة من القنصلية اليونانية وإلى موافقة

الحكومة المصرية على ما ورد فيها فإن الحكم لا يكون قد خالف لقانون ما دام لم يقدم ما ينقض الدليل المستمد من تلك الشهادات ولم يثبت أن هذا الشخص تخلى عن جنسيته اليونانية قبل وفاته " .

(طعن رقم ١٧٣ لسنة ٢٢ فى جلسة ١٩٥٦/١/١٢)

٢- " مفاد نص المادتين ١٩ ، ٢٠ من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ الخاص بالجنسية أن الشهادة الصادرة من وزير الداخلية لأحد الأشخاص بناء على طلب الجنسية ليس من شأنها أن تكسبه الجنسية المصرية ، وإنما هى دليل ليست له حجية قاطعة يجوز إثبات ما يخالفها بأى طريق من الطرق التى تراها المحكمة المختصة بالفصل فى النزاع ، وأن المشرع إنما قصد أن يفرض على صاحب الشأن اللجوء إلى وزارة الداخلية إذا هو أراد الحصول على دليل لإثبات الجنسية ، ولم يستلزم لاختصاص المحكمة الحصول على شهادة من وزارة الداخلية أو بتقديم طلب للحصول عليها ، وهى تقضى فى دعوى الجنسية على أساس ما يقدم لها من أدلة كما تقضى بثبوتها لمن تتوافر فيه إحدى حالاتها التى نص عليها قانون الجنسية ، ولا يوجد فى نصوص القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ ما يمنع صاحب الشأن من اللجوء إلى القضاء مباشرة بطلب الاعتراف بالجنسية مجردة عن طلب إلغاء قرار

وزير الداخلية برفض إعطاء الشهادة الدالة عليها خلال الميعاد المحدد لطلب الإلغاء أو بعد انقضائه " .

(طعن رقم ١٦٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٠)

٢٦٥- الاختصاص بنظر منازعات الجنسية :

تختص بنظر دعاوى الجنسية محاكم مجلس الدولة دون غيرها (م/١٠/سابعاً) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ (المعدل) بشأن مجلس الدولة . ويناط الاختصاص بالفصل فيها إلى محكمة القضاء الإداري (م/١٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " جرى قضاء محكمة النقض على أن القضاء هو المختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن أحكام قانون الجنسية رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩ الذى كان يتضمن بنص المادتين ٢٠ ، ٢١ أحكاماً مماثلة لنص المادتين ١٩ ، ٢٠ من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ وهو وضع لم يتغير بصور هذا القانون الذى جاء خالياً من النص على تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكامه . يؤكد ذلك أن القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ والقانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ فى شأن تنظيم مجلس الدولة لا يتضمن أى منهما النص صراحة على اختصاص مجلس الدولة بالفصل فى دعاوى الجنسية حتى صدور القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ الذى

نص في المادة الثامنة منه على أن يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى دون غيره بالفصل فى دعاوى الجنسية وهو نص مستحدث ، ولايسرى على الدعاوى التى كانت منظورة أمام جهات قضائية أخرى وأصبحت بمقتضى أحكامه من اختصاص مجلس الدولة ، وتظل أمام تلك الجهات حتى يتم الفصل فيها نهائيا عملا بالمادة الثانية من قانون الإصدار * .

(طعن رقم ١٦٧ لسنة ٣٧ قى جلسة ١٩٧٠/٥/٢٠)

وعلى ذلك إذا أثبت أمام إحدى محاكم القضاء العادى منازعة جدية متعلقة بالجنسية تعين على المحكمة وقف الفصل فى الدعوى حتى يتم الفصل نهائيا فى هذه المسألة الأولية من محكمة القضاء الإدارى (م) ١٦ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ، ١٢٩ مرافعات^(١) .

(١) والمادة ١٦ تنص على أن :

" إذا دفعت قضية مرفوعة أمام المحكمة بدفع يثير نزاعا تختص بالفصل فيه جهة قضاء أخرى وجب على المحكمة إذا رأت ضرورة الفصل فى الدفع قبل الحكم فى موضوع الدعوى أن توقفها وتحدد للخصم الموجه إليه الدفع ميعادا يستصدر فيه حكما نهائيا من الجهة المختصة فلن لم تر لزوما لذلك أغفلت الدفع وحكمت فى موضوع الدعوى . وإذا قصر الخصم فى استصدار حكم نهائى فى الدفع فى المدة المحددة كان للمحكمة أن تفصل فى الدعوى بحالتها * .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " النص في المادة ١٠ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في شأن تنظيم مجلس الدولة على أنه " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية " ... سابعاً : دعوى الجنسية " يدل على أن محاكم مجلس الدولة تختص دون غيرها بالفصل في كافة منازعات الجنسية أيا كانت صورتها أى سواء كانت في صورة دعوى أصلية بالجنسية ، أم في صورة طعن في قرار إداري صادر في الجنسية ، أم في صورة مسألة أولية في دعوى أصلية يتوقف الفصل فيها على الفصل في تلك المسألة ولو كانت الدعوى الأصلية قائمة أمام القضاء العادي في حدود اختصاصه وأثير النزاع في الجنسية ، وكان الفصل فيها يتوقف عليه الفصل في الدعوى ، إذ يتعين على المحكمة في هذه الحالة أن توقف الدعوى وتحدد للخصم ميعاداً يستصدر فيه حكماً نهائياً من مجلس الدولة في مسألة الجنسية ، وإذا قصر الخصم في استصدار حكم نهائي في هذه المسألة في المدة المحددة كان للمحكمة أن تفصل في الدعوى بحالتها ، أما إذا رأت أن وجه المسألة في الجنسية ظاهر بحيث لا يحتاج الأمر للفصل فيه بمعرفة مجلس الدولة أغفلت المسألة وحكمت في موضوع الدعوى على أساس ما ثبت لديها من وقائعها في شأن الجنسية ، وذلك عملاً بالمادة ١٦

من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ فى شأن السلطة القضائية والمادة ١٢٩ مرافعات " .

(طعن رقم ١٠٦٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٥/١٦)

٢- "المقرر أن الدفع بعدم الاختصاص الولاىى يعتبر دائما مطروحا على محكمة الموضوع لتعلقه بالنظام العام ولو لم يدفع به أمامها ، فلا يسقط الحق فى إيدائه والتمسك به حتى ولو تنازل عنه الخصوم ، ويجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض إذا لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع ، كما يجوز لمحكمة النقض أن تشير من تلقاء نفسها ، لما كان ذلك وكان الفصل فى جنسية الطاعن مسألة أولية تخرج عن نطاق الاختصاص الولاىى للمحاكم، وتتدخل فى اختصاص مجلس الدولة وحده طبقا للمادة ١٠ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، وكان النزاع على جنسية الطاعن نزاعا جديا يتوقف على الفصل فيه الفصل فى الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ فصل فى هذه المسألة يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون، وخرج بقضائه عن الاختصاص الولاىى للمحكمة ، ولما كان هذا الاختصاص يتعلق بالنظام العام فإن لمحكمة النقض أن تشير من تلقاء نفسها عملا بالحق المخول لها فى المادة ١/٢٥٤ من قانون المرافعات " .

(طعن رقم ١٠٦٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٥/١٦)

مادة (٣٤)

- ١- تتكون أسرة الشخص من ذوى قرياه .
- ٢- ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك.

الشرح

٢٦٦- تكوين أسرة الشخص من ذوى قرياه :

أسرة الشخص هم ذوو قرياه .

ويعتبر قريبا للشخص من يجمعه به أصل مشترك ذكرًا كان أو أنثى .

والقربة إما تكون قرابة مباشرة أو قرابة حواشى . وسنعرض لبيان ذلك بالتفصيل فى شرح المادة (٣٥) .

مادة (٣٥)

- ١- القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع .
- ٢- وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر .

الشرح

٢٦٧- المقصود بالقرابة المباشرة :

القرابة المباشرة بين شخصين تتحقق إذا تسلسل أحدهما من الآخر كما هو الأمر بين الأصول والفرع ، مهما علا الأصل ومهما نزل الفرع .

فالأب قريب مباشر وكذلك أبو الأب وإن علا وأم الأب وإن علّت . والأم قريب مباشر وكذلك أبو الأم وإن علا وأم الأم وإن علّت . وكل أصل من هؤلاء يعتبر كل من أبيه وأمه أصلاً أي قريباً مباشراً^(١).

٢٦٨- المقصود بقرابة الحواشي :

تنص للفقرة الثانية من المادة على أن : " وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر " .

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج١ ص ٣٣٢.

قربانية الحواشي تختلف عن القرابة المباشرة في أنه لا تسلسل فيها، وإن كان يجمع الشخصين أصل مشترك .

فالأخ والأخت من الحواشي وفروعهما وإن نزل . كذلك يكون من الحواشي العم والعمة وفروعهما وإن نزل وعم الأب والجد وإن علا وفرع هؤلاء وإن نزل وما ذكر عن العم والعمة يصح في الخال والخالة وهكذا .

وينتسب للشخص من جهة أبيه وفروع أبيه وفروع أبي أبيه وفروع أم أبيه وفروع كل أب وأم لكل أصل من أصول أبيه . وينتسب له من جهة أمه فروع أمه وفروع أبي أمه وفروع أم أمه وفروع كل أب وأم لكل أصل من أصول أمه (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مؤدى نصوص المواد ٨٨ فقرة (ب) من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، ٣٤ ، ٣٥ ، من القانون المدني مجمعة ، أن أفراد أسرة صاحب العمل الذين استثناهم المشرع من تطبيق أحكام الفصل الثاني من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ هم ذوو قرباء بصفة عامة الذين يجمعهم أصل مشترك ، سواء كانت قرابتهم مباشرة ، وهي الصلة ما بين الأصول والفروع ، أو قرابة حواشي ، وهي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون

(١) مذكرة المشروع للتمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٣٢.

أحدهم فرعاً للآخر ، متى كان يعولهم فعلاً . والقول بغير ذلك ، وقصر أفراد أسرة صاحب العمل الذين استثناءهم المشرع من تطبيق أحكام الفصل الثاني من قانون العمل على نوى قرياه المبعشرين ، وهم أصوله وفروعه ، تخصيص لنص المادة ٨٨ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، بغير مخصص .

(طعن رقم ٣٧٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧١/٤/٢١)

٢- " إذ نص المشرع في المادة ١٢ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ بفرض رسم أبولولة على التركات ، على أن يعفى من الرسم الدار المخصصة لسكنى أسرة المتوفى والمفروشات المخصصة لاستعمالهم ، إلا أنه لم يحدد المقصود بالأسرة في تطبيق الحكم المذكور ، فيتعين الرجوع في ذلك إلى القواعد العامة المقررة في القانون المدني ، وقد جرى الفقه في ظل التقنين المدني القديم على أن أسرة الشخص تشمل نوى قرياه بصفة عامة الذين يجمعهم معه أصل مشترك سواء كانت قرابتهم مباشرة ، وهى الصلة ما بين الأصول والفروع ، أو قرابة حواشى وهى الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك ، دون أن تكون أحدهم فرعاً للآخر وهو ما نص عليه المشرع في المادتين ٣٤ ، ٣٥ من التقنين المدني الحالى . والقول بغير ذلك وقصر أفراد أسرة المتوفى على نوى قرياه المبعشرين وهم أصوله وفروعه ممن كان يعولهم ، هو تخصيص

لنص المادة ١٢ سالفه الذكر بخير مخصص . وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وجرى في قضائه على أن المطعون عليهم وهم أبناء أخ المتوفى وأبناء أخته المتوفاة ، يعتبرون من أسرته ، وأغنى من الرسم الدار موضوع النزاع المخصصة لسكنائهم والمفروشات الموجودة بها المخصصة لاستعمالهم ، فإنه لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٣٠٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٣/٤/١١)

٢٦٩- أهمية معرفة القرابة ودرجتها :

تبدو أهمية معرفة القرابة ودرجتها ، سواء كانت قرابة بالنسب أو المصاهرة - كما سنرى- في أن القانون يعتد بهذه القرابة أو بدرجة معينة منها في تحديد بعض الأحكام القانونية .
ومن أمثلة ذلك :

- ١- أن نفقة الأولاد الصغار تكون على أبيهم .
- ٢- ما تنص عليه المادة ٩٣٩ ب مدني من أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة للرجعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية .

- ٣- ما تنص عليه المادة ١/١٤٦ مرافعات من أن القاضي يكون غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها ولو لم

يرده أحد الخصوم إذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم
إلى الدرجة الرابعة .

٤- تبدو أهمية قرابة بالنسب والمصاهرة في شأن الزواج ، عند
تحديد المحرمات من النساء .

٥- للقرابة بالنسب أهمية عند استحقاق الميراث .

مادة (٣٦)

يراعى فى حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل وعند حساب درجة الحواشى تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر وكل فرع عدا الأصل المشترك يعتبر درجة .

الشرح

٢٧٠- احتساب درجة القرابة المباشرة :

القرابة المباشرة- كما رأينا - درجات، ودرجة القرابة هى مقدار بعد الفرع عن الأصل فى عمود النسب ، وهى تقدر بما بين فرع معين ، وأصله من فروع متوسطة حتى نصل إلى الأصل، وذلك مع حسابان الفرع المراد معرفة درجة قرابته دون حسابان الأصل . أى أننا إذا أردنا أن نعرف درجة قرابة فرع معين بأصله يجب أن نحسب كل فرع بين الأصل وبين الفرع المراد معرفة درجته مع حسابان هذا الأخير وعلى ذلك فالابن قريب من الدرجة الأولى وابن الإبن قريب من الدرجة للثانية والأب قريب من الدرجة الأولى والجد قريب من الدرجة الثالثة^(١).

(١) عبد الحى حجازى ص ١٢٦ - عبد المنعم الصده ص ٧٦ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" درجة القرابة المباشرة تتحدد باعتبار كل فرع درجة دون حسب الأصل فالأب والأم فى الدرجة الأولى وكذلك الإبن والبنت. وأبو الأب وأم الأم وأم الأم فى الدرجة الثانية وكذلك ابن الابن وبنت الإبن وابن البنت وبنت الإبن وهكذا " (١).

٢٧١- احتساب درجة قرابة الحواشى :

نكرنا سلفا أن قرابة الحواشى هى الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر .
وقرابة الحواشى على درجات ، وتحسب درجة قرابة الحواشى .
بجميع عدد الدرجات التى بين الشخص المراد معرفة درجة قرابته وبين الأصل صعودا ، على عدد الدرجات التى بين نفس الأصل المشترك وبين الشخص المراد معرفة درجة قرابته نزولا .
ومن ثم لزم لحسابان درجة القرابة أن نصعد من الشخص المراد معرفة درجة قرابته ونصب كل شخص يقابلنا درجة حتى إذا وصلنا إلى الأصل لانصبه درجة وننزل منه إلى الشخص الآخر المراد معرفة درجة قرابته (٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٣٥.

(٢) عبد الحى حجازى ص ١٢٦ - عبد المنعم البدرولى ص ٧٦ .

لذلك يكون الأخ والأخت قريبين من الدرجة الثانية والخال والخاللة والعم والعمة أقارب من الدرجة الثالثة وابن العم وابنة العم وابن الخال وابنة الخاللة أقارب من الدرجة الرابعة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيلي أنه :

" أما درجة قرابة الحواشي بين شخصين فتتحدد بصدد الفروع التي تصل كل شخص بالأصل المشترك مع حساب كل شخص منهما فرعا وعدم حساب الأصل المشترك فالأخ في الدرجة الثانية وابن الأخ في الدرجة الثالثة وكذلك العم . أما ابن العم ففي الدرجة الرابعة (أنظر م ٢٤٠ فقرة ٢/٢٧٥ فقرة ٢ من قانون المرافعات وهي تتفق مع نص المشروع وأن كان الفقه المصري اختلف في تفسيرها) ^(١) .

٢٧٢- آثار القرابة :

تترتب على القرابة آثار قانونية متعددة تتحدد بحسب القرابة ودرجتها ، وتبدو أهمية القرابة ، وخاصة قرابة النسب ، في تحديد حقوق الشخص والتزاماته للعائلية بحسب مركزه في الأسرة قبل باقي أعضائها ، وعلى ذلك بأنه يتولد عن القرابة حقوق للأباء على الأبناء وحقوق للأبناء على الآباء . كما يترتب على القرابة حقوق مالية مختلفة كالنفقات والتولوث بين الأقارب ، وقد تعتبر القرابة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٣٥ .

مانعا من موانع الزواج ، إذ يحرم على الشخص الزواج من أقاربه إلى درجات معينة .

وللقربة كذلك آثارها في تحديد ما يثبت للشخص من حقوق كما تؤثر في نشاطه القانوني (١).

ومن أمثلة ذلك ما تقضى به المادة ٢/٢٢٢ مدني من أنه لايجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيب شخصا من تألمه من جراء موت المصاب إلا للأزواج والأقارب من الدرجة الثانية .

(١) نبيل سعد ص ١٤٦ .

مادة (٣٧)

أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر .

الشرح

٢٧٣- القرابة بالمصاهرة :

القرابة بالمصاهرة هي القرابة التي تنشأ بسبب الزواج بين الزوج وأقارب الزوج الآخر. وتقضى المادة بأن " أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر " وعلى ذلك فإن أب الزوج يعتبر قريباً بالمصاهرة من الدرجة الأولى للزوجة ، لأنه قريب بالنسبة لابنه (زوجها) من الدرجة الأولى. وشقيق الزوجة قريب الزوج من الدرجة الثانية لأن شقيق الزوجة قريب لها قرابة نسب من الدرجة الثانية^(١).

وقرابة المصاهرة لا تقوم إلا بين الزوج نفسه وعائلة الزوج الآخر ، فلا تقوم بين أفراد عائلة للزوج وأفراد عائلة الزوج الآخر. وعلى ذلك فأخو الزوج لاترتبطة أية قرابة بأخى للزوجة، وأم الزوجة لاترتبطها قرابة ما بأبى الزوج .

(١) الدكتور نبيل إبراهيم سعد نظرية الحق ١٩٩٥ ص ١٤٥ - عبد المنعم الصده ص ٧٧ .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا تحددت قرابة شخص من آخر ودرجة هذه القرابة فإن هذا الشخص يعتبر فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة لزوج الشخص الآخر وهذا من طريق المصاهرة . ويتبين من ذلك أن القرابة (بما فى ذلك المصاهرة) إما أن تكون من جهة الأب أو من جهة الأم أو من جهة الزوج " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد المواد من ٣٤ حتى ٣٧ من التقنين المدنى مترابطة أنه يقصد بالقرابة تحديد مركز الشخص فى أسرة معينة باعتباره عضوا فيها تربطه بباقي أعضائها قرابة نسب أو قرابة إصهار، بمعنى أن الأسرة تتنظم ذوى القربى ، وقد يكون منشأ القرابة الزوجية أو الاجتماع فى أصل مشترك ودم واحد وهى قرابة النسب سواء كانت قرابة الولادة أو قرابة الحواشى ، وقد يكون مرجعها العلاقة بين الزوج وأقارب الزوج الآخر وهى قرابة المصاهرة، فإذا تحددت قرابة شخص من آخر ودرجة هذه القرابة فإن هذا الشخص يعتبر فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى زوج الشخص الآخر وهو ما جلته المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى تعليقا على

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٣٦ ومابعدا .

المادة ٣٧ من أن " القرابة - بما فى ذلك المصاهرة - إما أن تكون من جهة الأب أو من جهة الأم أو من جهة الزوج .

(طعن رقم ١١١٠ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠)

٢- " إن النص فى المادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجرين - المنطبق على واقعة الدعوى - قد أطلق القول فى صدد انتقال حقوق المستأجر إلى سائر الأقارب حتى الدرجة الثالثة من غير زوجه أو أولاده أو والديه بشرط إقامتهم معه بصفة مستقرة مدة سنة على الأقل سابقة على وفاته أو مدة شغله المسكن أيهما أقل ، وعقد الإيجار - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - له طابع عائلى وجماعى لا يتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده بل ليعيش معه أفراد أسرته ومن ثم فإن القرابة المعنية بالفقرة الثانية من المادة آنفة الذكر تشمل قرابة النسب وقرابة المصاهرة بحيث يعتبر أقارب أحد الزوجين فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر وفق للمادة ٣٧ من القانون المدنى - يؤيد هذا النظر أن الفقرة الأولى من ذات المادة أشارت إلى للزوجة إضفاء للطابع الأسرى لعقد إيجار الأماكن ، ويساند هذا القول أن المشرع أفصح عن مقصوده فى المادة ٢٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر - والمقابلة

للمادة ٢١ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ - ولوضح أن النص على الأقارب حتى الدرجة الثالثة يتسع للأقارب نسباً أو مصاهرة على سواء . لما كان ذلك وكان الحكم قد بنى قضاءه على أساس أن المادة سالفة الذكر مقصورة على أقارب للنسب ولا تمتد إلى قرابة الأصهار ، ورتب على ذلك أن إقامة مورث الطاعنة الثانية بعين النزاع مهما استطالت لا تنشئ له حقاً ، وحجب بذلك نفسه عن منحيص توافر شرائط انطباق هذه المادة عليه وهل من حقه الاستفادة منها حال ترك المستأجر الأصلي عين النزاع، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١١١٠ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠)

٢٧٤- قرابة المصاهرة لا تنقضي بوفاة أحد الزوجين :

تنقضي قرابة المصاهرة بالطلاق ، إذ يصبح كل من الزوجين غريباً عن الآخر ، أما إذا توفى أحد الزوجين ، فلا يترتب على الوفاة انقضاء علاقة المصاهرة ، فالزوج الآخر لا يصبح غريباً من زوجه بالوفاة ، وبالتالي يظل أقرباء أحدهما أقرباء للزوج الآخر وفي ذات درجة القرابة التي كانت للقريب قبل الوفاة^(١).

يدل على ذلك أن الزوج يحضر غسل زوجته عند وفاتها والعكس فقد حظرت الشريعة الإسلامية حضور الرجل غسل المرأة

(١) المستشار أنور طلبه ص ٦٠٧ .

الأجنبية عنه والعكس ولم يحظر حضور الزوج غسل زوجته باعتباره ليس من الغرباء بالنسبة لها . فقد روى أن الرسول عليه الصلاة والسلام قال لزوجته السيدة عائشة رضي الله عنها عندما كانت تلازمه قبيل وفاته إذا توفيت يا عائشة لغسلتك بيدي ، وهو ما يقطع بأن الوفاة لاتجعل الزوج غريبا عن زوجته وبالتالي لاتتقاضى قرابة المصاهرة بالوفاة^(١).

وفي هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" الأقرباء بالمصاهرة - فى مجال تطبيق النص المطعون فيه- يتربصون عادة بالمؤجر خفالا، متخذين من إقامتهم فى العين المؤجرة للمدة التى حددها المشرع ، موطننا لاستلابها ، بعد توقعهم دنو أجل مستأجرها - لمرض أو غيره - فإذا شغلها أحد هؤلاء الأقارب بعد وفاة مستأجرها ، انتقل حق الانتفاع بها - إذا توفى بدوره - إلى من شاركوه من أصهاره سكنها كلما توافرت فى شأنهم الشروط التى حددها المشرع ، ومن هؤلاء إلى آخرين بالشروط عينها فلا ينتزعها منهم أجد ، بل تتصل أيديهم بها تعاقبا عليها ، لاينفكون عنها أو يبرحونها . ومن ثم يكون الاصطناع طريقهم للتسلط عليها ، والافراد بها من دون مؤجرها ، فلا

(١) المستشار أنور طلبه ص ٦٠٧ .

بفارقونها أبداً ، ولو بعد العهد على العقد الأول ، مما ظل زمامها بيد من يتداولونها ، لا يتولون عنها الخ " .

(القضية رقم ٣ لسنة ١٨ قضائية " دستورية " جلسة ١٩٩٧/١/٤)

وقرابة المصاهرة محدودة في آثارها إذا قارناها بقرابة النسب .
فقرابة النسب يترتب عليها الحق في النفقة لفريق من الأقارب الفقراء وهم الأقارب المحرمون طبقاً للمذهب الحنفى المعمول به في مصر . أما قرابة المصاهرة فلا تعطى الحق في النفقة . وكلتا القرابتين لها أثر فيمن يحل الزواج منهن من النساء ولكن نطاق التحريم بسبب النسب أوسع مما هو عليه بسبب المصاهرة ، وكلتاهما يظهر أثرها كذلك في تطبيق بعض أحكام خاصة في القانون ، وإن كانت الأولى أبعد أثراً من الثانية .

وليس هناك في القانون المصرى غير قرابة النسب وقرابة المصاهرة . فالقرابة الطبيعية parenté naturelle التي توجد في بعض الشرائع الأجنبية ، وتنشأ من اتصال رجل بامرأة اتصالاً غير شرعى ينتج ولداً ، هذه القرابة لا يعرفها القانون المصرى . فليس للولد غير الشرعى حقوق أسرة في القانون المصرى ، سوى أن يثبت نسبه من أمه ، فيرثها هي وقرابتها (م ٤٧ من قوانين الميراث) .

كذلك لا يوجد فى القانون المصرى نظام التبنى الذى تترتب عليه بعض آثار البنوة^(١).

٢٧٥- الزوجة ليست من درجات القرابة :

رابطة الزوجية ليست من القرابة ومن ثم لا تدخل فى درجاتها، فأساس الزوجية هو عقد الزواج المبرم بين الزوجين^(٢). ولذلك نجد أن المادة ٣٥ مدنى لم تدخل الزوجية ضمن القرابة ، إذ نصت على أن : "١- القرابة المباشرة هى الصلة ما بين الأصول والفروع . ٢- وقرابة الحواشى هى الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر " .

ونجد أيضاً فى كثير من التشريعات أن المشرع يحرص على عدم إدخال الزوجة ضمن الأقارب .

ومثال ذلك :

١- ما كانت تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - كما وردت بالقانون عند صدوره - على أن :

" مع عدم الإخلال بحكم المادة (٨) من هذا القانون لا ينتهى عقد إيجار المسكن بوفاة المستأجر أو تركه العين إذا بقى فيها زوجه أو

(١) عبد المنعم الصده ص ٧٨ .

(٢) ومع ذلك نجد بعض الفقهاء يطلق عليها " قرابة لزواج " - عبد الحى حجازى ص ١٢٨ .

لأولاده أو أى من والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو الترتك وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر نمبا أو مصاهرة حتى الدرجة الثالثة يشترط لاستمرار عقد الإيجار إقامتهم فى المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر أو تركه العين أو مدة شغله للمسكن أيهما أقل " .

٢- ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٩ سالفه الذكر (مستبدلة بالمادة الأولى من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧) من أن :
" فإذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهنى أو حرفى ، فلا ينتهى العقد بموت المستأجر ويستمر لصالح الذين يستعملون العين من ورثته فى ذات النشاط الذى كان يمارسه المستأجر الأصلى طبقا للعقد ، أزولجا وأقارب حتى الدرجة الثانية، ذكورا وإناثا من قصر وبلغ ، بمستوى فى ذلك أن يكون الاستعمال بالذات أو بواسطة نائب عنهم ... الخ " .

٣- ما تنص عليه المادة ١٤٦ مرافعات من أنه : " يكون للقاضى غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها ولو لم يرده أحد الخصوم فى الأحوال الآتية :

- ١- إذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة.
- ٢- إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته .

٤- إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلًا عنه أو وصيًا أو قيمًا عليه مصلحة في الدعوى القائمة ... الخ " .

مادة (٣٨)

يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق ولادته .

الشرح

٢٧٦- حق الشخص فى الاسم واللقب :

لكل شخص الحق فى أن يتميز بشخصه عن أشخاص الآخرين .
ولما كان هذا يتم له عن طريق الاسم كان لكل شخص الحق فى أن
يكون له اسم . والاسم بهذا المعنى ضرورة اجتماعية للتعبير عن
ذاتية كل شخص .

والاسم يطلقه ولى الطفل عليه عند ولادته . وأحيانا تقوم الجهات
الإدارية بتسميته الطفل مثل حالة اللقيط والطفل غير الشرعى .

وقد نص المشرع فى المادة ٢١ من القانون رقم ١٤٣ لسنة
١٩٩٤ فى شأن الأحوال المدنية على أنه : " لايجوز إشترك
أخوين أو أختين من الأب فى اسم واحد ، كما لايجوز أن يكون
الاسم مركبا أو مخالفا للنظام العام أو لأحكام الشرائع السماوية" .

غير أنه يجوز للأسر المصرية التى قامت بتسمية أطفالها
بأسماء مخالفة أن تقوم بتغيير هذه الأسماء طبقا لما نص عليه فى
المادة ٤٦ من القانون ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ كما رأينا سلفا ^(١) .

(١) الدكتور محمد عبد الوهاب خفاجى مبادئ لقانون الطبعة الأولى

وقد جددت المادة فى اسم الشخص الطبيعى بأن فرضت على كل شخص أن يتخذ إلى جانب اسمه لقباً يميزه فإن الاسم وحده لا يكتفى للتمييز والتشابه فيما بين الأسماء يكون سبباً لللبس^(١).

فالاسم يتكون من عنصرين : الاسم الشخصى واللقب .

فالاسم واللقب يؤيدان إلى تحديد وتمييز الشخص وأسرته فى نفس الوقت .

فاللقب يعبر عن الانتماء ، أما الاسم فهو الشخصية لأنه يدل على شخص معين .

ويقصد باللقب اللفظ الذى يطلق على الأسرة التى ينتمى إليها الشخص ، ويشترك كل أفراد هذه الأسرة فى حمله^(٢).

فاللقب يكتب بالنسب . ولهذا أوضحت المادة (٣٨) أن لقب الشخص يلحق أولاده فيأخذ الابن لقب أبيه . فهذا الاكتساب يحصل وفقاً لحق الدم لا وفقاً لحق الإرث ، لأن الطفل يكسب اللقب حال حياة والده لا بعد وفاته فحسب .

فالولد يأخذ لقب أبيه ، ولو رغما عنه .

غير أن لقب الشخص لا يلحق زوجته، بل تظل الزوجة محتفظة بلقب أسرتها الأصلية . وذلك بخلاف الحال فى أوربا ، حيث تأخذ المرأة لقب زوجها .

(١) مجموعة الأعمال للتصيرية ج ١ ص ٣٣٨ .

(٢) الدكتور حسام الاهوانى نظرية الحق طبعة ١٩٧٣ ص ٨٩ .

وكانت المادة كما وردت بالمشروع التمهيدى (برقم ٦٩) تنص
فى فقرتها الثانية على أن لقب الشخص يلحق بحكم القانون أولاده
كما يلحق زوجته فى حياته وكذلك بعد مماته إلا إذا انفصلت عرى
الزوجية قبل الوفاة فعندئذ تسترد الزوجة لقب أسرتها ، إلا أنه حال
مناقشة المادة فى لجنة القانون المدنى اعترض على حكم إلحاق لقب
الشخص بزوجته واقترح حذف الحكم فوافقت اللجنة على ذلك لأن
هذا النظام نظام أوربى لم يتعوده المصريون . فلما يستقر العرف
على أن لقب الزوج يلحق الزوجة ^(١).

وقبل أن يوجب التقنين المدنى الجديد اتخاذ الشخص لقباً لنفسه ،
كان يجرى العرف فى مصر على اتخاذ هذا اللقب .
وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد اتخذ كثير من الناس إلى جانب أسمائهم ألقاباً يعرفون بها
ولكنهم فعلوا ذلك عن طواعية . أما المشروع فيجعل اتخاذ اللقب
أمراً واجباً إذ يفرض على كل شخص أن يتخذ لنفسه لقباً إلى جانب
اسمه ... الخ " ^(٢).

وسمى أن المادة (٣٩) تنص على أن : " ينظم بتشريع خاص
كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها " وحتى الآن لم يصدر هذا التشريع ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٣٨ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٣٨ .

وهذا ما يفسر لنا أن الأغلبية العظمى من الناس لا يتخذون لأنفسهم
ألقابا ، مكتفين بأسمائهم مقرونة بأسماء آبائهم وأجدادهم .

٢٧٧- يجب ألا ينطوى الاسم على تحقير أو مهانة لكرامة الطفل وألا يكون منافيا للعقائد الدينية :

تركزت التشريعات المتعاقبة المنظمة للإبلاغ عن المواليد للأفراد
الحرية المطلقة في اختيار الاسم الشخصي إلا أن المبادئ العامة
للقانون كانت تقضى ألا يكون في ذلك الاسم ما يخالف النظام العام
والآداب^(١).

غير أنه لما صدر القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون
الطفل ، نص في مادته الخامسة على أن :

(١) حكام الدين الأهولى ص ٩٥ - ولقد أورد المشرع الفرنسي أن يضع
شيئا من النظام في تلك المسألة . وحتى يتفادى وجود أسماء غير مقبولة
فقرر منذ القرن الماضى أنه يجب أن يكون الاسم الشخصى مختارا بين
أسماء مشاهير الشخصيات فى التاريخ القديم .
ولقد أثار ذلك القانون مشاكل عملية كثيرة فمثلا ما المقصود برجال
التاريخ للقديم فمع مرور الزمن يصبح التاريخ الحديث قديما .
ولذلك فإنه حتى قبل إلغاء ذلك القانون فإن موظفى الحالة المدنية فى
فرنسا كانوا يفضون النظر عن ذلك القانون . ويقبلون قيد اسم الطفل
حتى لو لم يكن فى الحدود التى وضعها ذلك القانون .
وقد ألغى المشرع الفرنسى أخيرا ذلك القيد وعاد إلى حرية اختيار الاسم
وذلك بمقتضى التعليمات الصادرة فى ١٢ أبريل سنة ١٩٦٦ (حكام
الأهولى ص ٩٠ وما بعدها) .

" لكل طفل الحق في أن يكون له اسم يميزه ، ويسجل هذا الاسم عند الميلاد في سجلات المواليد وفقا لأحكام هذا القانون . ولا يجوز أن يكون الاسم منطويا على تحقير أو مهانة لكرامة الطفل أو منافيا للعقائد الدينية " .

فلا يجوز إذن تسمية الطفل باسم ينطوى على تحقير أو مهانة لكرامة الطفل . وهناك العديد من الأسماء التي تحمل معنى التحقير والمهانة لكرامة الطفل والمتواجدة في الشارع المصري^(١) . ويجب أيضا ألا يكون الاسم منافيا للعقائد الدينية ، ومثل ذلك اسم " كافر " أو " زنديق " مثلا .

غير أن البعض يرى - بحق - أن قانون الطفل لم يضع أية ضمانات قانونية لكفالة احترام اسم الطفل والذي قد يؤثر على سلوكياته ، فلم يفرض أية عقوبة على الأب ، كما أنه لم يفرض التزاما على المختصين بسجلات المواليد بعدم تسجيل هذه الأسماء التي تنطوى على المعاني المؤسفة المسابقة ، ويرى أن يضاف إلى صياغة المادة المشار إليها توقيع غرامة مالية على من له ولاية

(١) وقد ذكر الدكتور محمد عبد الوهاب خفاجي في مؤلفه المشار إليه ص ٣١٣ هامش (١) أمثلة لهذه الأسماء وهي :

" القرموطي - فرده - الجحش - البرغوث - كوسة - شطة - بمبة - حوكشة - زعلة - كمبورة - عقب - حريقة - جميز - بلية - أبو حديدة - صرصار - الفناجيلي - الحيون - البورص - الوحش " .

تحديد الاسم فى الأسرة بغرامة قدرها مائة جنيه مثلا ، كما يضاف إليها كذلك حظر على الموظفين القاطنين على تسجيل أسماء للمواليد يقضى بالتزام هؤلاء الموظفين بعدم قيد الأسماء التى تتطوى على التحقير أو المهانة لكرامة الطفل أو أن تكون منافية للعقائد الدينية. إذ الحظر الوارد فى المادة الخامسة من قانون الطفل ينصرف أثره إلى أسرة الطفل التى تقوم بتسميته لا إلى الموظف المختص بقيد أسماء المواليد فى سجلات المواليد ، كما أنه يتعين إيجاد لجنة يرجع إليها بصدد الأسماء المؤسفة لتحديد ما يكون منطويا من الأسماء على معانى التحقير أو امتهان كرامة الطفل أو منافاة للعقائد الدينية .

٢٧٨- طبيعة الاسم :

للاسم طبيعة مزدوجة تجعله حقا من حقوق الشخصية^(١) من ناحية وواجبا على الشخص من ناحية أخرى . ولذلك فإن كلا من هاتين الطبيعتين تسبغ على الاسم خصائص معينة نبينها فيما يلى :

(١) ويرى بعض الفقهاء أن للشخص على اسمه حق ملكية ، ولينت بعض المحاكم الفرنسية هذا رأى . وهذا رأى انتقده أغلب الفقهاء استنادا إلى أن حق الملكية لايرد إلا على الأشياء المادية ، فى حين أن الاسم هو شئ معنوى . ثم إن حق الملكية هو حق مالى ، أى يقوم بالنقد ، فى حين أنه لايمكن القول بأن حق الشخص على اسمه يساوى مبلغا من المال .

(أ) خصائص الاسم باعتباره حقا من حقوق الشخصية :

يكسب الاسم - باعتباره - من حقوق الشخصية - صفات الشخصية ،
وهي عدم القابلية للتصرف والتناقل .

١ - عدم القابلية للتصرف :

مادام الاسم يعتبر علامة للشخصية ووسيلة للتمييز بين
الأشخاص وتجنب الخلط بينهم ، فمن الطبيعي أن يكون لصيقا
بالشخص ولن يتمتع لذلك التصرف فيه - سواء بين الأحياء أو لما
بعد الموت بالوصية - أو تخويل العبرة حق استعماله .

ولكن إذا كان مبدأ امتناع التصرف في الاسم مبنيا على اعتبار
الاسم العلامة المميزة للشخصية والحالة مقصودا به تمييز
الأشخاص ومنع الخلط بينهم ، فيجب أن يتحدد مدى هذا المبدأ إذن
بحدود هذا الغرض . ولذلك حيث يستعمل الاسم في غير هذا
الغرض ، فليس ما يمنع حينئذ من التصرف فيه أو النزول عنه أو
الترخيص للغير في استعماله .

ولذلك يمكن للشخص تخويل مؤلف الحق في إطلاق اسمه على
أحد الأشخاص الخالية في رعايته أو قصصه ، أو السماح للغير

كما أن حق الملكية يتميز بأنه يقل لتنازل عنه والتصرف فيه ، في حين
أنه لا يجوز للشخص أن يتزل لأخر عن اسمه ، وليس له أن يتصرف
فيه لغيره (عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٩ وما بعدها - حسان الدين
الأهواني ص ٩٦ وما بعدها) .

باستعمال اسمه كاسم مستعار أدبي أو فني وكذلك يكون للشخص
الذى ينشئ مالا معينا يحمل اسمه - كمثل تجارى أو علامة تجارية
أو براءة اختراع - النزول للغير عن حق استعمال هذا الاسم
لاستغلال هذا المال . إذ تكون للاسم حينئذ وتطيفتان مختلفتان :
تميز الشخصية والحالة المدنية باعتباره اسما مدنيا من ناحية ،
وتميز المحل أو العلامة أو البراءة باعتباره اسما تجاريا من ناحية
أخرى . وإذا كان مستحila للنزول عن الاسم المدنى لاستحالة
النزول عن تمييز الشخصية والحالة ، فمن الممكن النزول عن
الاسم التجارى مادام يتخذ وسيلة مميزة لبعض الأموال . وبهذا
النزول ، يكون للمتازل له استعمال الاسم كاسم تجارى محض
وفى حدود استغلال المحل أو العلامة أو البراءة ، ويستمر المتازل
حاملًا له كاسم مدنى يميز شخصيته وحالته (١) .

٢ - عدم سقوط الاسم بالتقادم :

مادام الحق فى الاسم لصيقا بالشخصية . فعنى ذلك أنه ليس
من الحقوق المالية التى يرد عليها التقادم المسقط أو المكسب .
ولذلك فأنستحل شخص اسم آخر لا يكتسبه حقا فيه مهما طال
مدة فتحاله واستعماله إياه .

(١) حسن كبره ص ٥٥٢ وما بعدها - حاتم الدين الأهواى ص ١٠٠ .

ولو كف شخص عن استعمال اسمه مدة من الزمن كان له أن يتخذ ثانية مهما طالّت مدة تركه له ، فلا يفقد صاحبه ولا فروعه من بعده هذا الاسم، لذلك فإن الاعتداء على الاسم بتشويهه أو بانتحاله أو بالتشهير به يعد مساسا واعتداء على شخصية صاحبه ، لذلك نصت المادة ٥١ مدني - كما سنرى على أن : " لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر " .

(ب) خصائص الاسم باعتباره واجبا :

صياغة المادة (٣٧) تفيد بأن الاسم واجب يفرضه القانون . وهذا الواجب لا يقع على المسمى نفسه .

فهذا الواجب يقع على الأشخاص المكلفين بالتبليغ عن الولادة والذين حددتهم المادة ١٥ من قانون الطفل وعلى رأس هؤلاء الأشخاص والد الطفل إذا كان حاضرا .

فهؤلاء يلتزمون بالإبلاغ عن واقعة الميلاد ، ومن بين البيانات التي يجب الإخطار بها اسم المولود .

وإذا تخلف من يقع عليه واجب الإبلاغ عن الإخطار بالميلاد مع بيان اسم المولود فإنه يخضع لجزاء جنائي هو الغرامة التي لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز مائة جنيه (مادة ٢٣ من قانون للطفل) .

ومن مظاهر كون الاسم واجبا ، عدم جواز تغيير الاسم إلا بعد المرور بعدة إجراءات رسمها القانون - كما سنرى - فلا يكفي لذلك رغبة الشخص وإعلانه بإرادته المنفردة عن تغيير اسمه^(١).

٢٧٩- تغيير الاسم :

لكل شخص الحق فى تغيير اسمه وفى أى وقت يشاء . غير أنه لايجوز إجراء أى تغيير للاسم فى قيود الأحوال المدنية المسجلة عن وقائع الميلاد إلا بقرار من اللجنة المشكلة طبقا للمادة ٤٦ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ فى شأن الأحوال المدنية . إذ تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٧ من القانون الأخير على أن :

" لايجوز إجراء أى تغيير أو تصحيح فى قيود الأحوال المدنية المسجلة عن وقائع الميلاد والوفاة وقيد الأسرة إلا بناء على قرار يصدر بذلك من اللجنة المنصوص عليها فى المادة السابقة وهذه اللجنة تشكل من :

١- المحامى العام للنياحة الكلية بالمحافظة أو من ينوبه وفى حالة تعددهم يختار النائب العام أحدهم رئيسا .

٢- مدير الأحوال المدنية بالمحافظة أو من ينوبه .

٣- مدير مديرية الشؤون الصحية بالمحافظة أو من ينوبه (عضوين) .

(١) نعمان جمعه ص ٤٢٤ .

(مادة ٤٧) .

وتحدد اللائحة التنفيذية الإجراءات الخاصة بتقديم الطلبات وكيفية القيد والجهات الواجب إخطارها بالقرار الصادر منها ، ويحدد وزير الداخلية بقرار منه رسوم الإصدار بما لا يجاوز عشرة جنيهات (م/٤٦/٣)^(١).

(١) كما سبق أن نص القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ على الإجراءات التي يجب اتباعها على من يريد تغيير اسمه في المواد (٢٩ - ٣٥) قضت المادة (٢٩) على أن على راغب التغيير أن يقدم طلبا بذلك إلى المديرية أو المحافظة التي ولد بدائرتها مرفقا به صورة من شهادة ميلاده والأوراق والأدلة التي تؤيد طلبه .

وعندئذ يجري المدير أو المحافظ تحقيقا في شأن الطلب ثم يرسل نتيجة مرفقة بالأوراق إلى وزارة الصحة (م/٣١) . فإذا رأت الوزارة أن الطلب جائز للقبول تنشر عنه إعلانا في الجريدة الرسمية . ويشهر هذا الإعلان بالطرق المبينة في المادة ٣٢ . فإذا لم تقدم معارضة جدية في الطلب خلال الثلاثة شهور التالية لشهره ، يصدر الوزير قرارا بإجراء التغيير في الافتاتر بناء على موافقة لجنة مشكلة لهذا الغرض (م/٣٢/٢) . فإذا حصل خلاف بين الطالب ووزارة الصحة بشأن إثبات الاسم الجديد في افتاتر يكون للمحاكم عندئذ الفصل فيه .

وفى ظل القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ (الملغى) في شأن الأحوال المدنية كان يتم تغيير الاسم بقرار من اللجنة المنصوص عليها بالمادة (٤١) من القانون وهي تماثل اللجنة المنصوص عليها بالمادة ٤٧ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ الحالي .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لكل شخص أن يتخذ لنفسه اسما غير اسمه المعروف به ،
ويذيعه في الناس بالطريقة التي يراها كفيلة بذلك مادام هذا الاسم لم
يكن اسما معروفا انتحله قصدا لغرض خاص . واتخاذ للشخص
اسما غير اسمه يجعله مسئولا قبل من يعترض بحق على انتحال
اسمه . فمجرد طلب تغيير الاسم لا يصح رفع دعوى به إلى
المحاكم الأهلية . ولكن إذا رفع شخص على وزارة الصحة دعوى
طلب فيها إضافة اسم إلى اسمه الشخص لكي يعرف باسمه مضافا
إليه الاسم الجديد بدلا من اسمه مع اسم أبيه وجده وإجراء للتغيير
المطلوب في دفاتر المواليد ، واعتزضت وزارة الصحة على جواز
الإضافة في ذاتها فإنها باعتراضها هذا تكون قد أثارت بلا حق
نزاعا في طلب لا شأن لها به ، ويجوز للمحكمة إذن أن تقضى
للمطالب في دعواه بأحقية في طلب تغيير الاسم . أما عن إلزام
الوزارة بإثبات الاسم الجديد في دفاترها فمحط أن تكون الوزارة قد
رفضت إثبات التغيير تعنتا منها . وهذا لا ينكشف إلا بعد أن يكون
المدعى قد أشهد أمام المحكمة الشرعية- وفقا لما جرى به العرف-
على التغيير وأعلن ذلك في محل توطنه ومحل ميلاده ، ومضى
من الوقت ما يتسع للاعتراض من كل من يهمه التغيير . فإذا كان
الخلف على إثبات التغيير قد حصل مع كل ذلك فإنه عندئذ يكون
مقتضى للفصل فيه " .

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٢/٢٤)

٢٨٠- اسم الشهرة :

يقصد باسم الشهرة ، الاسم الذى اعتاد الناس إطلاقه على شخص معين مع إهمال اسمه الرسمى أو إضافته إلى اسم الشهرة . وعادة ما يشتق هذا الاسم من صفة ذهنية للشخص (كتكت شخص بالذكى أو الغبى) أو جسدية (كالأعمى أو الأعرج) أو مهنية (كالأسطى أو الأستاذ)^(١) أو غير ذلك .

كما قد يأتى اسم الشهرة من إطلاق ذوى الطفل اسم آخر عليه لاستحسان هذا الاسم عن اسمه الرسمى أو لسهولة فيشتهر بين الناس بهذا الاسم .

واسم الشهرة عند ذبوعه يصبح حقا لصاحبه وترد عليه نفس وسائل الحماية التى يضيفها القانون على الاسم العام . فإطلاق اسم الشهرة لا يترتب عليه انقضاء حق الشخص على اسمه العام . فلصاحب اسم الشهرة أن يمنع الاعتداء عليه ، سواء لوقع هذا الاعتداء بالمنازعة فيه أم بانتحاله^(٢) .

وللشخص أن يغير اسمه الحقيقى حتى يكون متمشيا مع الاسم الذى اشتهر به ، باتخاذ الإجراءات القانونية التى سبق بيانها . بيد

(١) الدكتور محمد حمام لطفى موجز النظرية العامة للحق ١٩٨٨ ص ١٠٦ -

نعمان جمعه ص ٤٢٨ - نبيل إبراهيم سعد ص ١٤٨ .

(٢) حسن كبره ص ٥٥٧ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٧٢ - محمد حمام

لطفى ص ١٠٧ .

أن هذا مجرد حقله . فله أن يبقى حائزا لاسمه الحقيقي ولاسم شهرته معاً ^(١).

٢٨١. الاسم المستعار :

الاسم المستعار ، هو نوع من اسم الشهرة ، يتميز بأن الشخص ذاته هو الذي يطلقه على نفسه . والشخص يخلع على نفسه الاسم المستعار ، لكي يصل إلى تحقيق أحد الغرضين الآتيين أو كلاهما :

١- ستر الشخصية في مجال معين ، كما إذا احترف شخص التمثيل أو الغناء ، وكانت تقاليد أسرته لاتباعه .

٢- المساعدة على الشهرة في مظهر النشاط . ويحصل ذلك عادة في حالة ما إذا أورد شخص أن يكسب الشهرة في مجال معين ، أنبأ كان هذا المجال لم صحفيا لم فنيا لم رياضيا لم غير ذلك .

وكان اسمه الحقيقي صعبا أو شائعا ، فولجا إلى اسم مستعار يختاره ، بحيث يكون سهلا ومميزا .

وقد يتخذ بعض رجال الدين أسماء مستعارة لإضفاء نوع من المهابة على شخصيتهم مثل الأسماء التي يتخذها البابا ^(٢).

ولا يثبت الاسم المستعار للشخص إلا إذا اشتهر به ، بحيث يعرف ويتميز به ^(٣).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي من ٧٢ .

(٢) حيلم الدين الأهواني من ٩٢ .

(٣) نعلان جمعه من ٤٢٨ - عبد الفتاح عبد الباقي من ٧٣ .

وواضح مما سلف أن الفارق بين اسم الشهرة والاسم المستعار - وهو نوع من اسم الشهرة - ما يأتي :

١- أن اسم الشهرة يطلقه للجمهور على الشخص أو يطلقه عليه نويه أحياناً، في حين أن الاسم المستعار يطلقه الشخص على نفسه .

٢- أن اسم الشهرة يشتبه مع الاسم الحقيقي في أنه يستوعب كل شخصية الشخص ويغطي كل جوانب حياته ونشاطه . أما الاسم المستعار فهو يقتصر فقط على وجه معين من أوجه النشاط التي يمارسها الشخص ^(١).

والاسم المستعار يأخذ حكم الاسم المذني - كالشأن في اسم الشهرة بوجه عام - من حيث الحماية القانونية . ويحق لصاحبه أن يقاضى من يعتدى عليه ، بل يحق له أن يطلب إضافته إلى اسمه الرسمي أو استبداله به عن طريق اتباع الإجراءات القانونية المقررة في هذا الشأن . ولا يفقد الاسم المستعار لياً كانت درجة ذبوعه الشخص حقه في استخدام اسمه الحقيقي مهما طال الزمن مادام لم يتم بتغيير هذا الاسم على النحو سالف البيان ^(٢).

(١) محمد حسام لطفي ص ١٠٦ - حسام الدين الأهواني ص ٩٢ .

(٢) محمد حسام لطفي ص ١٠٧ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٧٣ .

٢٨٢- الاسم التجارى : (١)

الاسم التجارى هو الاسم الذى يطلقه التاجر على محله التجارى لتمييزه عن غيره من المحال، فيعرف به فى الوسط التجارى ، سواء بين عملائه الذين اعتادوا الشراء منه أو زملائه التجار وأصحاب المصانع ورجال المال والبنوك الذين يتعاملون معه . وقد أوجب القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ بالأسماء التجارية على التجار أفرادا وشركات اتخاذ اسم تجارى لتمييز محالهم عن غيرها . ومتى اكتسب المحل التجارى سمعة تجارية فإن السمعة التجارية تلازم الاسم التجارى بذات المحل التجارى ، كما يختلط تماما اسم الشخص بذات الشخص . وتبعا لهذه الصلة الوثيقة بين المحل التجارى والاسم التجارى تزداد قيمة الاسم التجارى كلما زادت السمعة التجارية للمتجر، وهذا ما يفسر اعتبار الاسم التجارى من العناصر الجوهرية للمحل التجارى ، كما أن المصادر والأسباب التى تنشأ عنها السمعة التجارية مثل موقع المحل وجوده للمنتجات أو الخدمات وحسن المعاملة هى نفس الأسباب التى تنشأ وتزداد بها قيمة الاسم التجارى (٢).

(١) راجع فى هذا مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة

الجديد المجلد الأول من ٤٤٥ وما بعدها .

(٢) محمد حسنى من ٤١٠ .

فإذا كان التاجر فردا وجب عليه أن يتخذ اسمه الشخصي
عنصرا أساسيا في تكوين اسمه التجارى. ولا يجوز فى هذه الحالة
أن يتضمن الاسم التجارى بيانات تدعو للاعتقاد بأن المحل التجارى
مملوك لشركة (م ١) ، فلا يجوز لتاجر اسمه مثلا (محمد حسن
إبراهيم) أن يضيف لهذا الاسم فى نهايته لفظ (وشركاه) .
ويجوز أن يتكون الاسم التجارى من اسم الشخص أو من اللقب
أو منهما معا . فيكون الاسم التجارى مثلا (محلات القاضى) أو
محلات (محمد إبراهيم القاضى) .

وقد يستمد الشخص الاسم للتجارى من اسم الشهرة فإذا كان
مشهورا فى المعاملات باسم (الاسكندراني) كان له أن يتخذ لمحله
هذا الاسم (١).

ويجوز أن يتضمن الاسم التجارى بالإضافة إلى الاسم المدنى
للتاجر بيانات تتعلق بنوع تجارته (م ١/٢) مثل (خضر العطار)
(الشبراویشى للعطور) .

كما يجوز أن يتضمن الاسم تسمية مبتكرة (م ١/٢) (٢).

(١) محمد حسنى عباس ص ٤١٨ .

(٢) التسمية المبتكرة وهى ما يطلق عليها أيضا السمة التجارية ، كما يطلق
عليها البعض (العنوان التجارى) يقصد بها العبارات الجذابة التى
يستكرها صاحب المتجر ، ويتخذها كشعار أو رمز لتمييز محله عن
غيره من المحال وليفت النظر إليه ، كأن يسمى محله (سميراميس) أو
(سينبى الجميلة) أو (الصالون الأخضر) أو (الدار البيضاء).

وفى جميع الأحوال يجب أن يطابق الاسم التجارى الحقيقة وألا
يؤدى إلى التفضيل أو يمس المصالح العام ، كأن يكتب أنه وكيل
شركة كبرى أو مورد للمصالح الحكومية أو مستورد على خلاف
الحقيقة .

وبالنسبة للشركات ، فإن عنوان شركة التضامن يكون اسما
تجاريا لها (م/١/٥) .

وعنوان شركة التضامن ، يكون باسم واحد من الشركاء أو
أكثر (م/٢١ من قانون التجارة القديم) .

والشركة أن تحتفظ بعنوانها الأول بغير تعديل إذا ضم شريك
جديد لعضويتها (م/١/٥) .

وبالنسبة لشركات التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم، يكون
عنوان الشركة اسما تجاريا لها (م/٢ معدلة بالقانون رقم ٦٧ لسنة
١٩٥٤) .

ويراعى ما تنص به المادة ٢٤ من قانون التجارة القديم من
أنه يجب أن يشمل عنوان شركة التوصية اسم واحد أو أكثر من
الشركاء المسئولين المتضامنين . وطبقا للمادة السادسة من قانون
الأسماء التجارية لايجوز بقاء اسم أحد الشركاء المتضامنين فى اسم
الشركة التجارى فى حالة خروجه من عضويتها ولو كان ذلك
بقبوله أو قبول ورثته . ولايسرى هذا الحكم على اسم الشركة الذى

يشير إلى وجود صلة عائلية بين أعضائها إذا ظلت هذه الصلة رغم خروج أحد الشركاء المتضامنين قائمة بين اثنين أو أكثر من الشركاء المتضامنين الباقين في الشركة وكان أحدهم يحمل ذات الاسم العائلي الوارد في الاسم للتجارى للشركة .

أما الشركة ذات المسؤولية المحدودة فيكون عنوان الشركة اسما تجاريا لها (م ٢/٥ من قانون الأسماء التجارية) . وقد أجاز القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ لهذه الشركة أن تتخذ اسما خاصا لها مستمدا من غرضها ، ويجوز أن يتضمن عنوانها اسم شريك أو أكثر (م ٣/٤ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١) .

أما شركات المساهمة فيكون لها اسم تجارى يشق من الغرض من إنشائها ، ولايجوز للشركة أن تتخذ من أسماء الشركاء أو اسم أحدهم عنوانا لها (م ٣/٢ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١) .

ويجب أن يشمل هذا الاسم ما يدل على وجود شركة مساهمة، وإذا احتفظت شركة المساهمة باسم مؤسسة تجارية أخرى تملكها ولتخذته اسمالها وجب عليها أن تضيف إلى هذا الاسم عبارة (شركة مساهمة) (م ٢/٧ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١) .

وإذا تغير شكل الشركة من تضامن أو توصية إلى شركة مساهمة جاز للشركة للمساهمة الجديدة أن تحتفظ باسمها السابق قبل التغيير حتى ولو كان يتضمن أسماء أشخاص بشرط أن تضيف إلى

الاسم عبارة "شركة مساهمة" كأن يقال شركة نابلسى شاهين لإنتاج الصابون والزيت "شركة مساهمة" أو شركة فرغلى للأقطان "شركة مساهمة" (١).

وإذا قيد الاسم للتجارى فى السجل التجارى وشهر وفقا لأحكام لائحة شهر الأسماء التجارية الصادرة بقرار وزير للتجارة رقم ٢٧٩ لسنة ١٩٥١، فلا يجوز لتاجر آخر استعمال هذا الاسم فى نوع التجارة التى يزولها صاحبه فى دائرة مكتب السجل الذى حصل فيه القيد، وإذا كان اسم التاجر الآخر ولقبه يشبهان الاسم التجارى المقيد فى السجل وجب عليه أن يضيف إلى اسمه بياناً يميزه عن الاسم السابق قيده . ويسرى هذا الحكم على الفروع الحديثة للمحل للتجارى (م ٣ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١).

ويسرى هذا الحكم على الأسماء التجارية الخاصة بشركات التضامن وشركات التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة إذا تضمن عنوانها اسم شريك أو أكثر . أما شركات المساهمة والشركات ذات المسئولية المحدودة التى يكون اسمها مستمداً من غرضها فيجب أن تتميز أسماؤها عن أسماء مثيلاتها المقيدة بجميع مكاتب السجل التجارى (م ٤ من القانون ٥٥ لسنة ١٩٥١ معدلة بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٥٤) .

(١) أحمد محرز ص ٥٩٥ .

والاسم التجارى من العناصر المعنوية الهامة للمحل التجارى وله قيمة مالية ويجوز التصرف فيه ، فهو من الأموال المعنوية التى ترد على أشياء غير مادية وبالتالي قابل للتصرف فيه ^(١).

غير أن الاسم التجارى يرتبط عند التصرف فيه بالمحل التجارى، فيتم التصرف فيه مع المحل التجارى، فلا يجوز التصرف فيه على استقلال، وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة الثامنة من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ بقولها : " لايجوز التصرف فى الاسم التجارى تصرفا مستقلا عن التصرف فى المحل التجارى المخصص له " . وقصد المشرع من ذلك حماية الجمهور من الاعتقاد أن الاسم الذى انتقل مستقلا عن متجره إلى الغير يمثل ذات المنشأة الأولى أو أحد فروعها . على أنه يجوز التصرف فى المحل التجارى وحده دون الاسم ، إذ يستطيع البائع اشتراط احتفاظه بملكية الاسم التجارى ^(٢).

ونصت الفقرة الثانية من المادة الثامنة من القانون على أنه يجوز لن تنتقل إلهي ملكية المتجر أن يستخدم اسم سلفه التجارى إذا أذن المتنازل أو من آلت إليهم حقوقه فى ذلك على أن يضيف إلى هذا الاسم بيانا يدل على انتقال الملكية .

(١) الدكتور سميحة الطويلى لقانون التجارى الطبعة الرابعة ١٩٩٩ ص ٣٢.

(٢) الدكتور سميحة الطويلى ص ٣٢ - الدكتور محمود سمير لشرقاوى

لقانون التجارى الجزء الأول ١٩٩٢ ص ٢٠٥ .

ومفاد ذلك أن الاسم التجارى لا ينتقل حتماً إلى المشتري عند بيع المتجر وأنه يلزم إذن البائع أو من آلت إليه حقوقه فى ذلك .
فإذا أذن للمشتري باستخدام الاسم التجارى وجب أن يضيف المشتري إلى الاسم ما يفيد انتقال الملكية أى ما يفيد أن الاسم الذى يستعمله المشتري ليس اسمه الشخصى .
غير أن المشرع لم يشترط شكلاً خاصاً للبيانات التى أوجب على مشتري المحل التجارى أن يضيفها على المنتجات واكتفى بأن تدل هذه البيانات على انتقال الملكية إليه .
ويكفى فى ذلك أن يضيف المشتري إلى الاسم كلمة (خلف) أو (خلفاء) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" وحيث إن هذا النعى فى غير محله ذلك أن النص فى الفقرة الثانية من المادة الثامنة من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ الخاص بالأسماء التجارية قد نصت على أن " ويجوز لمن تنتقل إليه ملكية متجر أن يستخدم اسم سلفه التجارى إذا أذن للمتأثر أو من آلت إليه حقوق فى ذلك على أن يضيف إلى هذا الاسم بياناً يدل على انتقال الملكية " يدل على أن المشرع لم يشترط شكلاً خاصاً للبيانات التى أوجب على مشتري المحل التجارى أن يضيفها على

المنتجات واكتفى بأن تدل هذه البيانات على انتقال الملكية إليه . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وذهب إلى أن الثابت بتقريرى الخبير المندوب ولجنة التقييم أن الشركة المطعون ضدها المشتري تذكر الاسم التجارى على مطبوعاتها مسبوqa باسمها وهو ما يكفى لحمل الحكم فى هذا الخصوص ولا مخالفة فيه للقانون أو الثابت بالأوراق ومن ثم يضحى النعى فى غير محله " .

(طعن رقم ٨٠١ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩٦/٢/١٢)

إلا أن هذا لا يغير من ضرورة أن يشتمل الاسم التجارى على اسم المالك الجديد للمتجر وفقا لما تقضى به المادة الأولى من قانون الأسماء التجارية حيث يجب أن يتخذ مالك المشروع الفردى اسمه الشخصى عنصرا أساسيا فى تكوين الاسم التجارى للمشروع^(١) . وأيدت محكمة النقض ما ذهبنا إليه من عدم انتقال الاسم التجارى حتما فى بيع المحل التجارى إلى المشتري إذ قضت بأن:

" الحكمة من الاستثناء المقرر بالمادة ٢/٥٩٤ منى هى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - رغبة المشرع فى الإبقاء على الرواج المالى والتجارى فى البلاد بتسهيل بيع المتجر عندما يضطر صاحبه إلى بيعه وتمكين مشتريه من الاستمرار فى

(١) محمود سمير الشرقاوى ص ٢٠٥ - سميحه القليوبى ص ٣٢ .

استغلاله ومفاد استلزام توافر العنصر المعنوى الخاص بالاتصال بالعملاء وجوب أن يكون الشراء بقصد ممارسة النشاط ذاته الذى كان يزاوله بائع المتجر ، ولا يغير من ذلك جواز استبعاد الاسم التجارى من العناصر التى ينصب عليها بيع المتجر " .

(طعن رقم ٦٢٩ لسنة ٤٣ قى جلسة ١٨/٥/١٩٧٧)

وقد كفل المشرع للاسم التجارى حماية جنائية ومدنية أما الحماية الجنائية فتتمثل فيما تنص عليه المادة ٩ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ من أنه :

" يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنة وبغرامة لاتقل عن خمسة جنيهات ولا تزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استعمل عمدا اسما تجاريا على خلاف أحكام القانون أو القرارات الصادرة تنفيذا له " .

أما الحماية المدنية ، فتكفلها القواعد العامة ، برفع دعوى المنافسة غير المشروعة ، فى حالة وقوع ضرر بالمدعى ، سواء كان الاسم التجارى مقيدا بالسجل التجارى أو غير مقيد مشهرا أو غير مشهر متى ثبت للمحكمة أسبقية استعمال المدعى له ، وفضلا عن الحكم بالتعويض النقدى يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويض العينى كمنع استخدام الاسم أو إضافة بيان إليه لإزالة اللبس والتضليل وكذلك يجوز لها أن تأمر بنشر الحكم فى جريدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في تحديد حقوق الطرفين إلى عقد تعديل للشركة المبرم بينهما وأوضح أن هذا التعاقد تضمن قصر حق استعمال الاسم التجارى للشركة التى كانت معقودة بينهما على الشركة المطعون عليها والتزام الطاعنين اللذين انفصلا عن الشركة بعدم استعمال هذا الاسم ، كما استخلص الحكم من مطابقة الاسم الذى اتخذته الطاعنان لاسم شركتهما باسم شركة المطعون عليه وجود تشابه بين الاسمين من شأنه أن يوجد لبسا لدى جمهور المستهلكين فى تحديد مصدر منتجات كل من الطرفين مما يعتبر منافسة غير مشروعة ، وكان الحكم قد أقام قضاءه فيما انتهى إليه فى هذا الخصوص على الاعتبارات السائفة التى أوردها وعلى ما استنده من عبارات تعديل الشركة بغير فسخ أو تحريف فإن ما انتهى إليه فى هذا الصدد يكفى لحمل قضائه فلا محل للنعى عليه بالقصور فى التسبيب " .

(ب) - " إذا كان الحكم المطعون فيه قد أوضح أركان المسؤولية الموجبة للتعويض من خطأ هو إخلال الطاعنين بالتعاقد ومنافستهما للمطعون عليه منافسة غير مشروعة ومن ضرر محقق نتيجة لأن التسمية التى اتخذها الطاعنان لشركتهما توجد لبسا فى تحديد مصدر

منستجات كل من الشركتين لدى المستهلكين ومن وجود رابطة
السببية بين الخطأ والضرر فلا محل للنعي عليه بالقصور".

(طعن رقم ٥٢ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٢/١٢/١٩٥٩)

٢- (أ) - "الأصل أن لكل تاجر أن يتخذ من اسمه الشخصي
و"يدخل في ذلك اللقب" اسماً تجارياً لتمييز محله التجاري عن
نظائره ، ومن ثم فلا يتأدى تجريد شخص من اسمه للتجاري
المستمد من اسمه المدني لمجرد التشابه بينه وبين أسماء الآخرين
على أن القضاء لا يحكم من الوسائل ، ما يدرأ به ما عساه يقع من
خطأ أو لبس أو منافسة غير مشروعة نتيجة لتشابه الأسماء " .

(ب) - " إذا كانت محكمة الموضوع إذ قررت أن المطعون
عليهما الأول والثاني كانا على حق في استعمال لقب " الشبراويشي"
وأن أولهما سعى لمنع خطأ اللبس بإضافة اسمه الخاص قبل اللقب
المذكور - وأن سعيه هذا كان على قدر إدراكه- فإنها تكون قد
نفت عن المطعون عليهما الخطأ بجميع صورته سواء كان هذا
الخطأ خروجاً عن الحق أو تعسفاً في استعماله . بما يتمتع معه
المعاملة بالتعويض " .

(طعن رقم ١٢١ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٠/١٢/١٩٥٩)

مادة (٣٩)

ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها .

الشرح

٢٨٣- تنظيم كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها :

تنص المادة على أن ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها . ولم يصدر هذا التشريع حتى الآن .

ويقصد باللقب - كما ذكرنا - الاسم الذى اشتهرت به أسرة الشخص من زمن بعيد ، بحيث يبقى مدة طويلة وينتقل من السلف إلى الخلف لكى يضاف إلى اسم كل فرد من أفراد الأسرة ، فيميزه عن أشخاص آخرين لهم نفس الاسم ولكن ليس لهم نفس اللقب لأنهم ينتمون إلى أسرة أخرى .

واستخدام الألقاب فى مصر ظاهرة ليست منشرة . إذ يحدث ذلك أحيانا فى بعض العائلات الثرية ، حيث يحتفظ جميع الأجيال وإن نزلوا باسم الجد البعيد أو بالاسم الذى اشتهرت به الأسرة منذ زمن طويل .

ولكن الغالب من الأمر هو أن الشخص يعرف فى مصر باسمه واسم والده واسم جده . وواجب التبليغ بالميلاد يقتصر على فرد للشخص باسم ثلاثى (اسمه - اسم والده - اسم جده أو اسم عائلته إن كان هناك اسم يميزها)^(١) .

(١) نعمان جمعه ص ٤٢٧ .



رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
(١)	قانون رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدني (قانون الإصدار)	تقديم .
٤	مادة (١)	
٤	١- إلغاء القانونين لا يخل بالتشريعات الخاصة .	
٧	٢- تطبيقات قضائية لعدم إلغاء القوانين الخاصة .	
١٠	مادة (٢)	
١٠	٣- تعديل النص في مجلس النواب والشيخ .	
	(باب تمهيدى)	
	أحكام عامة	
	الفصل الأول	
	القانون وتطبيقه	
	١- القانون والحق	
١٢	مادة (١)	
١٢	مصادر القانون	
١٢	٤- معنى مصدر القانون .	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الهند
١٣	٥- أربعة مصادر للقانون . (المصدر الأول من مصادر القانون) (التشريع)	
١٥	٦- المقصود بالتشريع . خصائص التشريع .	
١٦	٧- الخاصة الأولى : التجريد والعمومية .	
٢٣	٨- التشريع الذى يتعلق بواقعة معينة .	
٢٤	٩- الخاصة الثانية : الجزاء .	
	أنواع التشريع وتدرجه	
٢٦	١٠- تعداد .	
٢٦	١١- أولاً : الدستور .	
٢٩	١٢- للدستور الصدارة على كافة التشريعات .	
٤٠	١٣- ثانياً : التشريع العادى .	
٤٠	١- اقتراح التشريع .	
٤٢	٢- الموافقة على التشريع من مجلس الشعب .	
٤٢	٣- إصدار التشريع .	
٤٣	١٤- نشر القانون .	
٤٦	١٥ تصحيح الأخطاء الواردة عند نشر القانون .	
	١٦- لايجوز الاحتجاج بنشر القانون بالجريدة الرسمية إذا ثبت عدم توزيع الجريدة .	
٤٨		

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٧-	لا يجوز الاحتجاج بنشر القانون إذا حالت قوة قاهرة دون وصول الجريدة الرسمية إلى منطقة من مناطق الجمهورية .	٥٠
١٧ مكررا -	هل يجوز الاعتذار بجهل القانون .	٥١
١٨-	الغلط في القانون .	٥٧
١٩-	ثالثا : التشريع الفرعى .	٥٧
٢٠-	(أ) اللائحة التنفيذية .	٥٧
٢١-	هل يتوقف تطبيق القانون على صدور لائحته التنفيذية ؟	٦٤
٢٢-	هل يعمل باللائحة التنفيذية لقانون ملغى ؟	٦٦
٢٣-	(ب) اللوائح التنظيمية .	٦٨
٢٤-	(ج) لوائح الضبط (لوائح البوليس) .	٧٠
٢٥-	حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية فى سن التشريع العادى .	٧٣
٢٦-	(أ) تشريع الضرورة أو لوائح الضرورة .	٧٣
٢٧-	رقابة المحكمة الدستورية على دستورية القوانين واللوائح .	٨٤
٢٨-	حق المحكمة الدستورية العليا فى جميع الحالات فى القضاء بعدم دستورية أى نص فى قانون أو لائحة .	٩٩
٢٩-	الدفع بعدم الدستورية لايعلق بالنظام العام .	١٠٢

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
١٠٣	أثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص في تشريع أو لائحة .	
١٠٣	٣٠- أولاً : قبل تعديل المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ .	
١٠٨	٣١- ثانياً : بعد تعديل المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ .	
١١١	٣٢- الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا .	
١١٤	٣٣- أثر تدرج التشريع .	
١١٧	٣٤- القواعد القانونية الأمرة والقواعد المقررة .	
١٢٠	٣٥- معيار التفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المقررة .	
١٢١	أولاً : المعيار الشكلى .	
١٢٣	ثانياً : المعيار المعنوى .	
١٢٥	٣٦- المقصود بالنظام العام .	
١٢٨	٣٧- مرونة فكرة النظام العام .	
١٢٩	٣٨- الآداب .	
١٣٠	٣٩- مدى تعلق القواعد القانونية الأمرة بالنظام العام أو بالآداب .	
١٣١	٤٠- جزاء مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب .	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الهند
١٣٣	تفسير التشريع	
١٣٣	٤١- المقصود بالتفسير .	
١٣٣	٤٢- أنواع للتفسير .	
	أولاً : التفسير التشريعي .	
١٣٣	٤٣- المقصود بالتفسير التشريعي .	
١٣٧	٤٤- التفويض في التفسير التشريعي .	
١٣٩	٤٥- تصدى المحكمة لتفسير القانون التفسيري .	
١٤٠	٤٦- صور التشريع التفسيري .	
١٤٣	٤٧- حدود التفسير التشريعي .	
١٤٤	٤٨- آثار التفسير التشريعي .	
١٤٦	٤٩- إلغاء التشريع التفسيري بإلغاء التشريع الأصلي .	
	٥٠- تفويض المحكمة الدستورية العليا في تفسير القوانين .	
١٤٧	٥١- نطاق التفسير .	
١٤٨	٥٢- شروط قيام المحكمة الدستورية العليا بالتفسير .	
١٥١	٥٣- التفسير الصادر من المحكمة الدستورية العليا	
١٥٦	ملزم للكافة .	
	٥٤- النطاق الزمني لسريان التفسير الصادر من المحكمة الدستورية العليا .	
١٥٩	٥٥- سلطة المحكمة الدستورية العليا في التفسير	
١٦٠	لاتنزع اختصاص الجهات الأخرى بالتفسير .	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
١٦١	٥٦- لا شأن لتفسير النص بدمتوريته .	
١٦٢	٥٧- ثانيا : للتفسير الفقهى والقضائى .	
١٦٤	٥٨- أسلوب النظام القانونى المصرى فى التفسير .	
١٦٤	٥٩- حالات التفسير .	
	(الحالة الأولى من حالات التفسير)	
١٦٦	(حالة النص السليم)	
١٦٦	٦٠- (أ) دلالة العبارة .	
١٦٩	٦١- وجود معنى اصطلاحى للنص .	
١٧٤	٦٢- وجود خطأ لغوى شائع .	
١٧٥	٦٣- (ب) دلالة الإشارة .	
١٧٧	٦٤- (ج) دلالة الاقتضاء .	
١٧٧	٦٥- تدرج دلالات التفسير .	
	(الحالة الثانية من حالات التفسير)	
	(حالة النص المعيب)	
١٧٩	٦٦- العيوب التى يمكن أن تشوب النص .	
١٧٩	١- الخطأ المادى والمعنوى .	
١٨٠	٢- غموض النص .	
١٨٢	٣- النقص .	
١٨٣	٤- التعارض فى النصوص .	
١٨٤	٦٧- تفسير النص المعيب .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١-	تقريب النصوص بعضها من بعض .	١٨٤
٢-	الأعمال التحضيرية .	١٨٦
٣-	المصادر التاريخية .	١٨٨
٤-	النص الفرنسى .	١٨٩
٥-	تحديد درجة النص وتاريخه وصفته من حيث العموم أو الخصوص .	١٩١
٦-	الأحكام تدور مع عللها وجودا وعدما .	١٩٢
٧-	النص المطلق يؤخذ على إطلاقه .	١٩٣
٨-	عدم التوسع فى الاستثناء .	١٩٦
	(الحالة الثلاثة من حالات التفسير)	
	(حالة عدم وجود نص)	٢٠٠
٦٨-	مضمون هذه الحالة .	٢٠٠
٦٩-	صور القياس .	٢٠٠
	(أ) مفهوم الموافقة .	٢٠٢
	الصورة الأولى : القياس العادى .	٢٠٣
	الصورة الثانية : القياس من باب أولى .	٢٠٣
٧٠-	(ب) مفهوم المخالفة .	٢٠٥
٧١-	المبادئ والنظريات العامة للقانون المصرى .	٢٠٧
	(المصدر الثانى من مصادر التشريع)	
	(العرف)	٢١٠
٧٢-	المقصود بالعرف .	٢١٠
٧٣-	أركان العرف .	٢١٠

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	الركن الأول : الركن المادى .	٢١١
	الركن الثانى : الإلزام .	٢١٤
	٧٤- للعادات الاتفاقية .	٢١٤
	٧٥- هل يشترط ألا يخالف العرف النظام العام أو	
	الأداب ؟	٢١٧
	٧٦- هل يجوز إلغاء العرف للتشريع ؟	٢١٨
	٧٧- دور العرف فى النظام القانونى .	٢٢٥
	(أ) العرف المكمل للتشريع .	٢٢٦
	١- فروع القانون الدولى العام .	٢٢٧
	٢- القانون الدستورى .	٢٢٧
	٣- القانون الإدارى .	٢٢٨
	٤- القانون الدولى الخاص .	٢٢٩
	٥- القانون التجارى .	٢٣٠
	٦- قانون العقوبات .	٢٣١
	٧- القانون المدنى .	٢٣٣
	(ب) العرف المعاون للتشريع .	٢٣٧
	(ج) العرف المخالف للتشريع .	٢٣٩
	٧٨- إثبات العرف .	٢٤١
	٧٩- لايجوز التحدى بوجود العرف لأول مرة أمام	
	محكمة النقض .	٢٤٤
	٨٠- مدى خضوع محكمة الموضوع لرقابة محكمة	
	النقض فى تفسيرها للعرف .	٢٤٥

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
	(المصدر الثالث من مصادر التشريع)	
٢٤٧	(مبادئ الشريعة الإسلامية)	
٢٤٧	٨١- المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية .	
٢٥٠	٨٢- النص في الدستور على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع .	
	(المصدر الرابع للتشريع)	
٢٥٢	(مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)	
٢٥٢	٨٣- ترتيب هذا المصدر .	
٢٥٤	٨٤- المقصود بالقانون الطبيعي .	
٢٥٦	٨٥- قواعد العدالة .	
٢٥٨	٨٦- تطبيقات قضائية لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .	
٢٥٨	١- الملكية الأدبية والفنية والصناعية .	
٢٥٩	٢- التعسف في استعمال الحق .	
٢٦٠	٣- الدوطة .	
٢٦٠	٤- المساواة بين عمال صاحب العمل الواحد .	
٢٦٢	مادة (٢)	
٢٦٢	٨٧- تعريف الإلغاء .	
٢٦٢	٨٨- الفرق بين إلغاء التشريع وإبطال التشريع .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٨٩-	هل يترتب على إلغاء التشريع إلغاء لوائحه التنفيذية ؟	٢٦٦
	صورتنا الإلغاء .	٢٦٦
٩٠-	أولاً : الإلغاء الصريح .	٢٦٦
٩١-	ثانياً : الإلغاء الضمني .	٢٦٩
	الحالة الأولى : صدور تشريع جديد يشتمل على نص يتعارض مع نص قديم .	٢٦٩
٩٢-	أوجه التعارض في هذه الصورة .	٢٧٧
	الحالة الثانية : صدور تشريع جديد ينظم الموضوع الذي سبق أن نظمه تشريع قديم .	٢٨٣
٩٣-	الوضع في حالة الإحالة على قانون ملغى .	٢٨٥
٩٤-	هل يستتبع إلغاء القانون إلغاء لوائحه التنفيذية ؟	٢٨٩
٩٥-	النص في التشريع اللاحق على إلغاء كل ما يخالفه من نصوص .	٢٨٩
مادة (٣)		
٩٦-	الوضع في ظل التقنين المدني القديم .	٢٩٢
٩٧-	احتساب المواعيد بالتقويم الميلادي في ظل التقنين المدني الجديد .	٢٩٣
٩٨-	التقويم في مسائل الأحوال الشخصية .	٢٩٥
٩٩-	التقويم في التشريعات الجنائية .	٢٩٦

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٣٠١	مادة (٤)	
٣٠١	١٠٠- النص مستحدث في التقنين المدني الجديد.	
٣٠١	١٠١- تعريف الحق .	
٣٠٢	١٠٢- تعريف الواجب .	
٣٠٤	١٠٣- تعريف الرخص العامة	
٣١٠	١٠٤- عدم المسؤولية عن الاستعمال المشروع للحق.	
	١٠٥- نظرية التعسف في استعمال الحق عامة	
٣١٣	التطبيق :	
٣١٦	١٠٦- أساس نظرية التعسف في استعمال الحق.	
٣١٩	مادة (٥)	
٣١٩	١٠٧- متى يكون استعمال الحق غير مشروع ؟	
٣٢٠	١٠٨- المعيار الأول : قصد الإضرار بالغير.	
٣٢١	١٠٩- تطبيقات عملية للتعسف طبقا لهذا المعيار.	
	١١٠- المعيار الثاني : رجحان الضرر على	
٣٤٢	المصلحة رجحانا كبيرا .	
	١١١- المعيار الثالث : تحقيق مصلحة غير	
٣٤٦	مشروعة.	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١١٢-	مصولون فى مشروع التمهدى حقا فى المشروع النهائى .	٣٤٩
١١٣-	إثبات التصف .	٣٥٣
١١٤-	أثر التصف فى استعمال الحق .	٣٥٤
٣٥٥	تنافز القوانين من حيث الزمان	
٣٥٥	مادة (٦)	
٣٥٥	١١٥- مدة سريان التشريع .	
٣٥٧	١١٦- الأثر المباشر للقانون .	
٣٦٠	١١٧- استثناء من الأثر المباشر للقانون .	
٣٧٣	١١٨- الأثر الرجعى للقانون .	
٣٧٤	١١٩- النصوص المتعلقة بالأهلية .	
٣٧٦	١٢٠- حكم تصرفات الشخص .	
٣٧٨	مادة (٧)	
٣٧٨	١٢١- سريان للنصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم بأثر فورى مباشر على كل تقادم لم يكتمل .	
٣٨١	١٢٢- اكتمال للتقادم قبل نفاذ القانون الجديد .	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٣٨٢	١٢٣- مريان النصوص القديمة على بدء التقادم ووقته ولقطاعه .	
٣٨٤	مادة (٨)	
٣٨٤	١٢٤- تقصير القانون الجديد مدة التقادم .	
٣٨٦	١٢٥- حالة ما إذا كان الباقي من مدة التقادم أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد .	
٣٨٩	مادة (٩)	
٣٨٩	١٢٦- المقصود بالأدلة التي تعد مقما .	
٣٨٩	١٢٧- القانون الذي تخضع له الأدلة المعدة مقما .	
٣٩١	١٢٨- أمثلة للأدلة التي تعد مقما .	
	(تنازع القوانين من حيث المكان)	
٣٩٥	مادة (١٠)	
٣٩٥	١٢٩- متى تعرض مسألة تنازع القوانين ؟	
٣٩٧	١٣٠- تكييف العلاقات بين الخصوم .	
٤٠٣	١٣١- تطبيق القاضى القانون الأجنبى من تلقاء نفسه .	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٤٠٤	١٣٢- إثبات القانون الأجنبي .	
٤٠٧	١٣٣- تفسير القاضى للقانون الأجنبي .	
٤٠٨	مادة (١١)	
٤٠٨	١٣٤- الحالة المدنية للأشخاص .	
٤٠٩	١٣٥- الأجنبي ناقص الأهلية .	
٤١٢	١٣٦- الأشخاص الاعتبارية الأجنبية .	
٤١٤	مادة (١٢)	
٤١٤	١٣٧- المقصود بالشروط الموضوعية لصحة الزواج .	
٤١٥	١٣٨- الرجوع فى للشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين .	
٤١٩	١٣٩- يجب ألا تتعارض الشروط الموضوعية للزواج مع النظام العام فى مصر .	
٤١٩	١٤٠- الشروط الشكلية للزواج .	
٤٢١	١٤١- أولاً : الشكل المقرر فى القانون الشخصى للزوجين .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٤٢-	ثانيا : الشكل الوارد فى القانون المحلى .	٤٢١
١٤٣-	ثالثا : الشكل الدبلوماسى أو القنصرى .	٤٢٣
١٤٤-	زواج المصريين فى الخارج .	٤٢٦
مادة (١٣)		
١٤٥-	القانون الذى يصرى على الآثار التى يرتبها عقد الزواج .	٤٣٠
١٤٦-	المقصود بآثار الزواج .	٤٣٢
	(أ) الآثار الشخصية للزواج .	٤٣٢
	(ب) الآثار المالية للزواج .	٤٣٤
١٤٧-	العقود المالية بين الزوجين .	٤٤١
١٤٨-	القانون الذى يصرى على الطلاق والتطليق والانفصال .	٤٤٢
مادة (١٤)		
١٤٩-	الاستثناء الوارد بالمادة .	٤٤٦
مادة (١٥)		
١٥٠-	تطبيق قانون المدين بنفقة الأقارب .	٤٥١

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٤٥٤	١٥١- النفقة الوقتية .	
٤٥٦	١٥٢- مطالبة الإبن بنفقة من أبيه .	
٤٥٨	مادة (١٦)	
٤٥٨	١٥٣- المقصود بالمسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين .	
٤٦٢	١٥٤- سريان قانون الشخص الذى تجب حمايته على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها .	
٤٦٤	مادة (١٧)	
٤٦٤	١٥٥- القانون الذى يحكم الموارىث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .	
٤٦٧	١٥٦- أولاً : الموارىث .	
٤٦٨	١٥٧- مجال تطبيق قانون جنسية المتوفى .	
٤٧٣	١٥٨- قيود واردة على قانون الجنسية .	
٤٧٣	(أ) شهر حق الإرث .	
٤٧٤	(ب) بيان مدى تعلق حقوق دائنى المتوفى بأموال التركة وما يترتب على ذلك من أثر فى حقوق الورثة فى التركة .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٥٩-	تسليم أموال للتركة وقسمة هذه الأموال .	٤٧٥
١٦٠-	ملكية التركة التي لا وراث لها .	٤٧٥
١٦١-	عدم خضوع المسائل المالية للبحث لقانون الجنسية .	٤٧٦
١٦٢-	إجراءات الميراث .	٤٧٦
١٦٣-	أثر للنظام العام على القانون الواجب للتطبيق .	٤٧٩
١٦٤-	ثانيا : الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .	٤٨٢
١٦٥-	قاعدة الإسناد الخاص بالشروط الموضوعية .	٤٨٥
١٦٦-	المقصود بالشروط الموضوعية للوصية .	٤٨٩
١٦٧-	هل تخضع الأهلية لقانون الجنسية ؟	٤٩٠
١٦٨-	التنفيذ بأحكام القانون المصرى باعتباره قانون موقع المال .	٤٩٣
١٦٩-	أثر النظام العام على القانون الواجب للتطبيق .	٤٩٤
١٧٠-	قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية للوصية .	٤٩٦
١٧١-	قاعدة الإسناد فى مسائل الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى .	٥٠٢

مادة (١٨)

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	أولاً : العقار	٥٠٣
١٧٢-	نطاق تطبيق قانون الموقع بالنسبة للعقار .	٥٠٣
١٧٣-	كيفية تحديد موقع العقار .	٥٠٨
	ثانياً : المنقول	٥٠٩
١٧٤-	للقاعدة خضوع المنقول لقانون موقعه.	٥٠٩
١٧٥-	تغيير موقع المنقول .	٥١٠
١٧٦-	المنقولات المتحركة .	٥١٤
	(أ) القانون الواجب التطبيق على السفن والطائرات.	٥١٥
	(ب) القانون الواجب التطبيق على البضائع أثناء نقلها.	٥١٦
١٧٧-	المنقول المعنوي .	٥١٧
١٧٨-	أولاً : الملكية الفكرية .	٥١٩
١٧٩-	ثانياً : الدين .	٥٢٢
١٨٠-	ثالثاً : المحال التجارية .	٥٢٥
	مادة (١٩)	٥٢٦
١٨١-	تطبيق قانون إرادة المتعاقدين على الالتزامات التعاقدية .	٥٢٦
١٨٢-	الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية .	٥٢٩
١٨٣-	نطاق تطبيق قانون إرادة المتعاقدين .	٥٣٠
١٨٤-	سريان قانون دولة الموطن المشترك أو قانون الدولة التي تم فيها العقد .	٥٣٢

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٨٥-	مجال تطبيق قانون الإرادة أو ما يحل محلها	
٥٣٣	على مختلف نواحي العقود .	
١٨٦-	أولاً : تكوين العقد .	٥٩٤
٥٣٤	(أ) فتراضى .	
٥٣٦	(ب) المحل .	
٥٣٧	(ج) السبب .	
١٨٧-	ثانياً : آثار للعقد .	٥٣٧
٥٣٧	(أ) آثار العقد بالنسبة للأشخاص .	
٥٣٩	(ب) آثار العقد بالنسبة للموضوع .	
١٨٨-	مجال تطبيق قاعدة قانون العقد من حيث نوع	
٥٤٤	العقد .	
١٨٩-	أولاً : عقد العمل .	٥٤٧
١٩٠-	ثانياً : المسؤولية عن إصابات العمل فى النظم	
٥٥٢	الخاصة بالتأمينات الاجتماعية .	
١٩١-	ثالثاً : عقد القرض .	٥٥٤
١٩٢-	رابعاً : عقد نقل التكنولوجيا .	٥٥٥
١٩٣-	الغش .	٥٥٩
١٩٤-	التصرف الوارد على العقار .	٥٦٠
مادة (٢٠)		
١٩٥-	المقصود بالعقود ما بين الأحياء .	٥٦١

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٥٦١	١٩٦- معنى شكل التصرفات القانونية .	
٥٦٢	١٩٧- التمييز بين شكل التصرفات وبعض صور الأشكال الأخرى .	
٥٦٣	١- الأشكال المكتملة للأهلية .	
٥٦٣	٢- الأشكال المتعلقة بذات التصرف .	
٥٦٤	٣- الأشكال اللازمة للإشهار .	
٥٦٤	٤- الأشكال المتعلقة بالتنفيذ .	
٥٦٥	١٩٨- القانون الذى يحكم شكل التصرفات القانونية.	
٥٦٨	١٩٩- حق المتعاقدين فى اختيار أى من القوانين المنصوص عليها بالمادة .	
٥٧١	٢٠٠- اختصاص القناصل بإعطاء الشكل للتصرف.	
٥٧١	٢٠١- خضوع إثبات التصرف لقانون الشكل .	
٥٧٣	مادة (٢١)	
٥٧٣	٢٠٢- المقصود بالالتزامات غير التعاقدية .	
٥٧٥	٢٠٣- قانون الإسناد (القانون المحلى) .	
٥٧٧	٢٠٤- نطاق القانون المحلى .	
٥٨١	٢٠٥- المسؤولية عن عمل الغير .	
٥٨١	٢٠٦- الفعل الضار غير مشروع فى مصر .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٠٧-	استبعاد القانون الأجنبي إذا خالف النظام العام.	٥٨٣
٢٠٨-	تحديد المقصود بمحل وقوع الفعل أو القانون المحل في بعض الحالات .	٥٨٦
٢٠٩-	وقوع الفعل في إقليم لا يخضع للسيادة الإقليمية لدولة معينة .	٥٩٠
مادة (٢٢)		
٢١٠-	المقصود بقواعد الاختصاص .	٥٩٤
٢١١-	سريان قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى على قواعد الاختصاص .	٥٩٤
٢١٢-	القاعدة هى اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى التى ترفع على المصرى .	٥٩٥
٢١٣-	اختصاص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية .	٥٩٩
٢١٤-	حالات اختصاص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية .	٦٠٧
	الحالة الأولى : إذا كان للأجنبى موطن مختار فى الجمهورية .	٦٠٩

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٦١١	الحالة الثانية : إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود فى الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها .	
٦١٨	الحالة الثالثة : إذا كانت الدعوى معارضة فى عقد زواج وكان العقد يراد إيلامه لدى موثق مصرى .	
٦٢٠	الحالة الرابعة : الدعاوى المتعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالانفصال .	
٦٢٢	الحالة الخامسة : إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأُم أو للزوجة متى كان لها موطن فى الجمهورية أو للصغير المقيم فيها .	
٦٢٤	الحالة السادسة : إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم فى الجمهورية أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها .	
٦٢٥	الحالة السابعة : إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية إذا كان المدعى له موطن فى مصر وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج أو إذا كان القانون الوطنى واجب التطبيق فى الدعوى .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	الحالة الثامنة : إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا موطن أو محل إقامة فى الجمهورية أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب .	٦٢٧
	الحالة التاسعة : إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة فى الجمهورية .	٦٣١
	٢١٥- اختصاص المحاكم المصرية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة بالتركة .	٦٣٥
	الحالة الأولى : أن يكون محل افتتاح التركة فى مصر .	٦٣٦
	الحالة الثانية : أن يكون المورث مصرى .	٦٣٧
	الحالة الثالثة : أن تكون أموال التركة كلها أو بعضها فى الجمهورية .	٦٤١
	٢١٦- قبول الخصم ولاية المحاكم المصرية .	٦٤٣
	٢١٧- اختصاص محاكم الجمهورية بالفصل فى المسائل الأولية والطلبات العارضة والمرتبطة .	٦٤٦
	٢١٨- اختصاص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقفية والتحفزية التى تنفذ فى الجمهورية .	٦٤٩
	٢١٩- مدى تعلق الاختصاص الدولى بالنظام العام.	٦٥٢

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٦٥٤	٢٢٠- قضاء محاكم الجمهورية بعدم اختصاصها إذا لم يحضر المدعى عليه .	
٦٥٤	٢٢١- ثانياً: الإجراءات .	
٦٥٥	٢٢٢- المقصود بالإجراءات .	
٦٦٢	مادة (٢٣)	
٦٦٢	٢٢٣- عدم سريان أحكام المواد السابقة إذا وجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو في معاهدة.	
٦٧٢	٢٢٤- تعريف المعاهدة .	
٦٧٣	٢٢٥- نفاذ المعاهدة في مصر .	
٦٧٥	٢٢٦- تفسير المعاهدة .	
٦٧٦	مادة (٢٤)	
٦٧٦	٢٢٧- متى يلجأ القاضى إلى مبادئ القانون الدولى الخاص ؟	
٦٧٨	٢٢٨- العرف الدولى .	
٦٨٢	مادة (٢٥)	
٦٨٢	٢٢٩- تحديد القانون المنطبق فى حالة عدم معرفة جنسية الشخص وفى حالة تعدد الجنسيات .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٣٠-	حالة الأشخاص متعدو الجنسية الذين يكون من بين جنسياتهم الجنسية المصرية .	٦٨٥
	مادة (٢٦)	٦٨٦
٢٣١-	تحديد قانون الجنسية لبلد تتعدد فيه الشرائع.	٦٨٦
	مادة (٢٧)	٦٩٣
٢٣٢-	تعريف الإحالة .	٦٩٣
٢٣٣-	صور الإحالة .	٦٩٤
٢٣٤-	القانون المصرى لا يأخذ بالإحالة .	٦٩٦
	مادة (٢٨)	٦٩٩
٢٣٥-	التعريف بالنظام العام .	٦٩٩
٢٣٦-	نطاق تطبيق الدفع بالنظام العام .	٧٠٥
٢٣٧-	شروط التمسك بالدفع بالنظام العام .	٧٠٦
	أثر الدفع بالنظام العام .	
٢٣٨-(أ)	بالنسبة للعلاقة التى نشأت بدولة القاضى .	٧٠٧
٢٣٩-(ب)	بالنسبة للعلاقة التى نشأت خارج بلد القاضى .	٧٠٨

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	(الفصل الثاني) (الأشخاص) ١- الشخص الطبيعي	
	مادة (٢٩)	٧١٣
	٢٤٠- المقصود بالشخصية .	٧١٣
	٢٤١- متى تبدأ شخصية الإنسان ؟	٧١٣
	٢٤٢- الجنين (الحمل المستكن) .	٧١٦
	٢٤٣- انتهاء الشخصية .	٧٢٠
	مادة (٣٠)	٧٢٣
	٢٤٤- إثبات الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك .	٧٢٣
	٢٤٥- تطبيقات في قضاء محكمة النقض .	٧٢٦
	(أ) - شهادة الميلاد مجرد قرينة على إثبات النسب .	٧٢٦
	(ب) حجية شهادة الوفاة قاصرة على صدور البيانات على لسان ذوى الشأن .	٧٢٧
	مادة (٣١)	٧٢٩
	٢٤٦- تنظيم دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها .	٧٢٩

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٤٧-	أولاً : أحكام قيد المواليد فى القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الطفل .	٧٣٠
٢٤٨-	ثانياً : أحكام التبليغ عن الوفيات فى القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ .	٧٣٥
٢٤٩-	تصحيح قيود الأحوال المدنية .	٧٣٨
مادة (٣٢)		
٢٥٠-	الأحكام التى تسرى على المفقود والغائب .	٧٤١
٢٥١-	أولاً : أحكام المفقود .	٧٤١
٢٥٢-	النصوص القانونية .	٧٤٤
٢٥٣-	تعريف المفقود .	٧٤٥
٢٥٤-	حالة المفقود قبل الحكم بموته .	٧٤٦
٢٥٥-	مضى يحكم بموت المفقود ؟	٧٥٣
٢٥٦-	المفقودون الذين كانوا على ظهر سفينة غرقت أو فى طائيرة سقطت أو من أفراد القوات المسلحة الذين فقدوا أثناء العمليات الحربية .	٧٦١
٢٥٦-	آثار الحكم بموت المفقود أو صدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتاً .	٧٦٣
٢٥٧-	ظهور المفقود حياً .	
٢٥٧-	(أ) بالنسبة لزوج المفقود .	

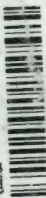
رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٥٨-	(ب) بالنسبة لأموال المفقود .	٧٦٤
٢٥٩-	إيجاب اختصام وكيل المفقود في دعوى موته.	٧٦٥
٢٦٠-	المحكمة المختصة بنظر دعوى موت المفقود.	٧٦٦
٢٦١-	ثانيا : أحكام الغائب .	٧٦٧
٧٧٠	مادة (٣٣)	
٢٦٢-	المقصود بالجنسية .	٧٧٠
٢٦٣-	تنظيم الجنسية في القانون المصرى .	٧٧٢
٢٦٤-	إثبات الجنسية .	٧٧٦
٢٦٥-	الاختصاص بنظر منازعات الجنسية .	٧٧٩
٧٨٣	مادة (٣٤)	
٢٦٦-	تكوين أسرة الشخص من نوى قرياه .	٧٨٣
٧٨٤	مادة (٣٥)	
٢٦٧-	المقصود بالقرابة المباشرة .	٧٨٤
٢٦٨-	المقصود بقرابة الحواشى .	٧٨٤

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٦٩-	أهمية معرفة القرابة ودرجتها .	٧٨٧
	مادة (٣٦)	٧٨٩
٢٧٠-	احتساب درجة القرابة المباشرة .	٧٨٩
٢٧١-	احتساب درجة قرابة الحواشي .	٧٩٠
٢٧٢-	أنثر القرابة .	٧٩١
	مادة (٣٧)	٧٩٣
٢٧٣-	القرابة بالمصاهرة .	٧٩٣
٢٧٤-	قرابة للمصاهرة لاتنقضى بوفاء أحد الزوجين .	٧٩٦
٢٧٥-	الزوجة ليست من درجات الأقارب .	٧٩٩
	مادة (٣٨)	٨٠٢
٢٧٦-	حق الشخص في الاسم واللقب .	٨٠٢
٢٧٧-	يجب ألا ينطوى الاسم على تحقير أو مهانة	
	لكرامة الطفل وألا يكون منافيا للعقائد الدينية .	٨٠٥
٢٧٨-	طبيعة الاسم .	٨٠٧
(أ)	خصائص الاسم باعتبارها من حقوق الشخصية.	٨٠٨

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفند
٨٠٨	١- عدم القابلية للتصرف .	
٨٠٩	٢- عدم سقوط الاسم بالتقادم .	
٨١٠	(ب) خصائص الاسم باعتباره واجبا .	
٨١١	٢٧٩- تغيير الاسم .	
٨١٤	٢٨٠- اسم الشهرة .	
٨١٥	٢٨١- الاسم المستعار .	
٨١٧	٢٨٢- الاسم التجارى .	
٨٢٨	<div style="border: 2px solid black; padding: 10px; text-align: center;">مادة (٣٩)</div>	
٨٢٨		
٨٢٨	٢٨٣- تنظيم كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها .	

ترجمه الله

Bibliotheca Alexandrina



1129945